

ANVENDELSE AV FORVALTNINGSRETTSLIGE REGLER PÅ PRIVATE TJENESTEYTERE

Modeller og hensyn

Kandidatnr:

Veileder: Hans Petter Graver

Leveringsfrist: 25.04.06

Til sammen 17989 ord

19.04.2006

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1.1 | PROBLEMSTILLING..... | 1 |
| 1.2 | BEGRUNNELSE OG AVGRENSING | 3 |
| 1.2.1 | TAUSHETSPLIKT..... | 5 |
| 1.2.2 | HABILITET..... | 6 |
| 1.2.3 | OFFENTLIGHET | 7 |
| <u>2</u> | <u>ANVENDELSESOMRÅDET FOR FORVALTNINGSLOVEN OG OFFENTLIGHETSLOVEN</u> | <u>8</u> |
| 2.1 | GENERELT | 8 |
| 2.2 | ORGAN FOR STAT ELLER KOMMUNE..... | 9 |
| 2.3 | HABILITETS- OG TAUSHETSPLIKTREGLENE I FORVALTNINGSLOVEN | 10 |
| <u>3</u> | <u>ANVENDELSESOMRÅDET FOR MILJØINFORMASJONSLOVEN</u> | <u>13</u> |
| 3.1 | GENERELT | 13 |
| 3.2 | OFFENTLIG ORGAN | 14 |
| <u>4</u> | <u>AVTALESPELIALISTER.....</u> | <u>17</u> |
| 4.1 | INNLEDNING..... | 17 |
| 4.2 | AVTALE MED REGIONALT HELSEFORETAK | 19 |
| 4.3 | LOVGIVNINGEN | 21 |
| 4.3.1 | TAUSHETSPLIKT..... | 21 |
| 4.3.2 | HABILITET..... | 22 |
| 4.3.3 | OFFENTLIGHET | 26 |
| <u>5</u> | <u>PRIVATE BARNEHAGER.....</u> | <u>26</u> |
| 5.1 | INNLEDNING..... | 26 |
| 5.2 | TAUSHETSPLIKT | 27 |
| 5.3 | HABILITET | 27 |

| | | |
|-----------|--|------------------|
| 5.4 | OFFENTLIGHET | 29 |
| 5.5 | ENKELTVEDTAK | 29 |
| 6 | <u>FRISKOLER.....</u> | <u>31</u> |
| 6.1 | INNLEDNING..... | 31 |
| 6.2 | TAUSHETSPLIKT | 33 |
| 6.3 | HABILITET | 34 |
| 6.4 | OFFENTLIGHET | 38 |
| 6.5 | ENKELTVEDTAK | 38 |
| 7 | <u>PRIVATE OMSORGSBOLIGER</u> | <u>39</u> |
| 7.1 | INNLEDNING..... | 39 |
| 7.2 | TAUSHETSPLIKT | 40 |
| 7.3 | HABILITET | 41 |
| 7.4 | OFFENTLIGHET | 42 |
| 7.5 | ENKELTVEDTAK | 42 |
| 8 | <u>HENSYN</u> | <u>43</u> |
| 8.1 | HABILITET | 43 |
| 8.2 | OFFENTLIGHET | 52 |
| 9 | <u>MODELLER.....</u> | <u>56</u> |
| 9.1 | FORMELL AVGRENSNING | 56 |
| 9.2 | AD HOC-ADGRENSNING | 58 |
| 9.3 | MATERIELL AVGRENSNING | 60 |
| 10 | <u>KONKLUSJON</u> | <u>63</u> |
| 11 | <u>LITTERATURLISTE.....</u> | <u>64</u> |
| 12 | <u>VEDLEGG 1</u> | <u>A</u> |

1 Innledning

1.1.1 Problemstilling

Problemstillingen i avhandlingen er hvordan forvaltningsrettslige regler få anvendelse på private rettssubjekter og hvilke hensyn som taler for og mot at slike regler bør gjelde for visse private. Med forvaltningsrettslige regler mener jeg regler som skal ivareta hensyn til legalitet, forsvarlighet, nøytralitet, saklighet og forholdsmessighet i forvaltningen.¹ Spørsmålet er aktuelt i lys av at private utfører en rekke fellesskapsoppgaver i stedet for eller i konkurranse med forvaltningen. Når tjenestene utføres av enheter som hører til forvaltningen, er de underlagt en rekke alminnelige regler for virksomheten, som habilitet, taushetsplikt og offentlighet. Der oppgavene settes ut til private tjenesteytere vil disse reglene som utgangspunkt ikke gjelde. Siktemålet er å undersøke hvilke rettslige modeller som gir eller kan gi forvaltningsrettslige regler anvendelse på private og å belyse hvilke hensyn som gjør seg gjeldende når vi spør om private tjenesteytere bør underlegges forvaltningsrettslige regler.

Jeg vil først kort beskrive tre grunnmodeller som kan gi forvaltningsrettslige regler anvendelse på private rettssubjekter.

For det første kan forvaltningsrettslige regler få anvendelse ved at en virksomhet omfattes av det generelle anvendelsesområdet for forvaltningsloven, offentlighetsloven, ombudsmannsloven, anskaffelsesreglene og miljøinformasjonsloven. Slike lover angir

¹ Graver 2002 s. 39

på noe ulike måter at bestemmelsene gjelder for hele den offentlige forvaltning i institusjonell forstand, dvs. for alle organisatoriske enheter som bærer visse kjennetegn. Dette kan betegnes som en formell eller institusjonell avgrensningsmodell.

For det annet kan særreguleringer i sektorlovgivning samt vilkår og avtaler gjøre at forvaltningsrettslige regler får anvendelse på private. Dette kan betegnes som en ad hoc-avgrensningsmodell. En sektorlov kan for eksempel bestemme at forvaltningsloven og offentlighetsloven får anvendelse på visse private subjekter, for eksempel private som yter visse tjenester. Loven kan også inneholde egne regler som materielt imøtekommer samme behov som de forvaltningsrettslige reglene. Særreguleringer kan også forekomme som vilkår til begunstigende vilkår og gjennom avtalevilkår. På slike måter kan private rettssubjekter være omfattet av forvaltningsrettslige regler, som habilitet, saksbehandlingsregler og offentlighet.

For det tredje får forvaltningsrettslige regelsett i noen tilfeller anvendelse på private i den grad de private utfører forvaltningsoppgaver. Da gis reglene anvendelse etter hvilken virksomhet som drives, og man kan betegne det som en materiell avgrensningsmodell. De viktigste eksempelene på dette er fvl. § 1 og offl. § 1 første ledd som bestemmer at forvaltningsloven og offentlighetsloven gjelder i sin helhet på private i situasjoner der de ”treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift”. En tilsvarende modell er brukt i miljøinformasjonsloven, der innsynsreglene gis anvendelse på private i den utstrekning de driver offentlig tjenesteproduksjon av nærmere bestemt karakter. Driver den private også annen virksomhet, er denne delen ikke omfattet av de aktuelle reglene.

1.2 Begrunnelse og avgrensing

Tradisjonelt har størstedelen av velferdsstatens tjenestetilbud blitt ivaretatt av forvaltningsorganer som har vært fullt ut underlagt alminnelige forvaltningsrettslige regler. De tjenesteytende enhetene har overveiende vært offentlige organer, for eksempel kommunale sykehjem, hjemmehjelpstjenester, grunnskoler og barnehager, fylkeskommunale og statlige sykehus og statlige jernbaner, kultur- og finansieringsinstitusjoner.² Det finnes i dag en rekke situasjoner der private utfører fellesskapsoppgaver og -tjenester på vegne av det offentlige. Dette fenomenet kan ikke betraktes isolert, men må tolkes som del av en alminnelig tendens til sterk vekst i forvaltningens oppgaver, økt grad av delegasjon og desentralisering og utvisking av skillet mellom offentlig og privat.³ De rettslige konsekvensene av denne utviklingen knytter seg dels til omorganisering av offentlige institusjoner til ulike former for privatrettslige enheter, og dels til tildeling av fellesskapsoppgaver til private tjenesteytere.⁴ Utviklingen reiser blant annet spørsmål knyttet til arbeidsrett for de ansatte, rettssikkerhet og informasjonsrettigheter for publikum, konkurranserett i markedet, regulering av tildelingsavgjørelser for å beskytte tjenestetilbydere og styringsproblemer for forvaltningshierarkiet.⁵ Min problemstilling representerer et utsnitt av et omfattende kompleks av rettslige problemer knyttet til store endringsprosesser i den offentlige forvaltning. Offentlige tjenesteytende organer er underlagt en rekke skrevne og uskrevne generelle forvaltningsrettslige regler, særlig i kraft av forvaltningsloven og offentlighetsloven. Når oppgavene overlates til private enheter vil disse reglene som utgangspunkt ikke lenger gjelde for den tjenesteproduserende enheten. Nærmere bestemt ser jeg på situasjoner der det

² Bjørnenak m.fl. 2005 s. 9

³ Sand 1996

⁴ NOU 2004: 7 s. 31

⁵ Graver 1999

offentlige har ansvaret for et tjenestetilbud til publikum, der selve tjenesteutføringen skjer dels ved et offentlig tilbud og dels ved et privat tilbud. For eksempel fastsetter kommunehelsetjenesteloven av 19. november 1982 nr. 66 § 1-3 tredje ledd at kommunen kan løse sine lovpålagte tjenesteoppgaver selv eller ved å inngå avtaler med private, herunder driftsavtaler for sykehjem. Her gjelder at ansvaret for tjenesten ligger hos kommunen, men at utførelsen delvis skjer i privat regi. Dette innebærer delegering av tjenestefunksjonen, ikke myndigheten til å tildele tjenester. Denne myndigheten forblir normalt hos forvaltningen.⁶ Blant slike forhold har jeg valgt ut private avtalespesialister i helsesektoren, private barnehager, friskoler og private boliger med heldøgns omsorgstjenester. Det må skilles mellom regler knyttet til tjenestenes innhold, og alminnelige forvaltningsrettslige regler. Innholdet, kvaliteten og omfanget av en tjeneste reguleres normalt i lov, forskrift eller avtale, og det er som regel ingen tvil om at disse reglene gjelder likt for den offentlige som for den private tjenesteutøveren. For eksempel må friskoler ha en læreplan som oppfyller kravene i den alminnelige læreplanen for grunnskolen, jfr. friskolelova § 2-3. Jeg vil se på den gruppen regler som gjelder generelt for alle forvaltningsorganer uavhengig av de spesifikke krav og målsettinger som gjelder for selve tjenesteutøvelsen.

I forvaltningsretten går det et skille mellom regler som gjelder for utferdigelse av enkeltvedtak og forskrifter og regler som gjelder for all virksomhet i forvaltningen, dvs. også for tjenesteutøving og næringsvirksomhet.⁷ Dette skillet fremkommer i fvl. § 3 hvoretter en rekke av de mest sentrale rettssikkerhetsgarantiene kun får anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak og forskrifter, nærmere definert som utøvelse av offentlig myndighet. De spesifikke reglene om forberedelse, utferdigelse og klagebehandling av vedtak vil holdes utenfor i det følgende. Blant de alminnelige

⁶ NOU 2004:18 s. 13

⁷ Echhoff/Smith s. 6

reglene finner vi regler om habilitet, taushetsplikt og offentlighet. Utenfor myndighetsområdet får de alminnelige reglene betydning særlig innen områdene personalforvaltning, tjenesteyting og avtaleinngåelser. Det kan være lett å tenke at de viktigste reglene i forvaltningsretten er de som knytter seg til enkeltvedtak, særlig de negativt inngripende, fordi dette er det ytterste uttrykk for forvaltningens myndighet over borgerne. I slike situasjoner er det åpenbart viktig med rettssikkerhet i form av habilitet, skriftlighet, begrunnelse, underretting, partsinnsyn, klageadgang, domstolsprøvelse etc. Mitt utgangspunkt er at de alminnelige reglene som gjelder forvaltningens øvrige virksomhet, særlig internforvaltning, tjenesteyting og avtaleinngåelser, er minst like viktige. Derfor er problemstillingen også relevant for private som utfører tjenester på vegne av, ved siden av og i stedet for offentlige tjenesteetater. Jeg vil først se på hensynene bak de tre regelsettene for å begrunne at det er tale om svært viktige regler for forvaltningen. Når tjenestetilbudet besørges av en offentlig etat vil disse reglene gjelde for hele virksomheten. En omorganisering til et privat tjenestetilbud gjør i utgangspunktet at reglene ikke lenger gjelder for tjenesteyteren. Dette potensielle tapet av rettssikkerhetsmessige og demokratiske garantier er emnet for avhandlingen.

1.2.1 Taushetsplikt

Forvaltningsloven § 13 første ledd fastsetter en plikt for offentlig ansatte til å forhindre at andre får kjenskap til personlige eller kommersielle opplysninger om private som den offentlig ansatte får kunnskap om i forbindelse med arbeidet. Regelen knytter seg ikke bare til situasjoner der det utøves myndighet, men strekker seg til all forvaltningsvirksomhet. Hovedbegrunnelsen er å beskytte private personlige eller kommersielle interesser. Reglene er en konsekvens av at publikum i mange tilfeller er nødt til å oppgi sensitive opplysninger til forvaltningen, eller at forvaltningen selv har anledning til å skaffe seg slik informasjon. Den retten forvaltningen har til å gripe inn i våre privatliv, motsvares av en plikt til å ikke la informasjonen komme uvedkomne for øre. I motsatt fall ville publikums tillit til forvaltningen svekkes. I mange tilfeller ville dette også være dypt urettferdig, fordi man som enkeltperson på ulike måter står maktesløs overfor forvaltningen, enten fordi den fordeler et gode man er avhengig av, eller fordi man er pålagt opplysningsplikter. Uten regler om taushetsplikt ville en lang rekke tjenestesektorer bli umulige å operere på grunn av mangel på legitimitet og trygghet. Private tjenesteytere kan i en lang rekke situasjoner komme i besittelse av

personopplysninger, for eksempel innen helse- og omsorgssektoren. Ved inkludering av private institusjoner i det offentlige tilbudet, oppstår taushetsspørsmål også for det administrative personalet ved den private institusjonen. Samme situasjon foreligger i friskolesystemet, der informasjon om enkeltpersoner kumuleres hos private. Vi står derfor overfor en viktig regel som i utgangspunktet forsvinner når en tjeneste privatiseres.

1.2.2 Habilitet

Fvl. § 6 knytter habilitetsreglene til en avgjørelse i en forvaltningssak, som er en videre kategori enn enkeltvedtak. Etter forarbeidene til forvaltningsloven omfattes myndighetsutøvelse, forretningsdrift, tjenesteytelse og intern administrasjon av reglene om habilitet, men bare i den grad det finnes private parts- eller interesseforhold i saken.⁸ Reglene har betydning i relasjon til publikum, til ansatte og jobbsøkende og til avtalemotparter. Det viktigste området utenfor enkeltvedtakene er antagelig ansettelser, anskaffelser og andre avtaler. Det gjelder et omfattende regelverk for offentlige anskaffelser, men dette holdes utenfor i avhandlingen. Uavhengig av dette regelverket og dets materielle og økonomiske grenser, må tjenestemenn som inngår avtaler på vegne av forvaltningen ikke være inhabile. Dette innebærer blant annet at tjenestemannen ikke selv tilgodesees ved kontrakten eller står i en nær forbindelse med medkontrahenten. Habilitetsreglene er utslag av alminnelige prinsipper om objektivitet, likebehandling, forsvarlighet og upartiskhet og skal sikre publikums tillit til forvaltningen. Reglene er rent objektive krav til situasjoner som ikke må foreligge, og det stilles ikke krav om skyld, illojalitet eller ond tro.⁹ I den ene enden finner vi situasjoner der tjenestemenn bevisst gir fordelaktige kontrakter til nærstående, i den andre situasjoner der tilknytningen er svakere og ubevisst, men der publikums tillit er

⁸ Forvaltningskomiteens innstilling s. 146

⁹ Graver 2002 s. 318

det avgjørende hensyn. Habilitetsreglene får begrenset anvendelse innen forvaltningens personalforvaltning fordi det må foreligge private parts- og interesseforhold i saken.¹⁰ Foruten de arbeidsrettslige avgjørelsene som er enkeltvedtak, jfr. fvl. § 2 annet ledd, fattes en rekke større og mindre avgjørelser underveis i arbeidsforholdet der habilitetsreglene kan være aktuelle. Et privat selskap som driver sykehjem kan være av betydelig størrelse, og en viktig side av virksomheten gjelder anskaffelser og organisering og styring av et større antall ansatte. Også her vil privatisering i utgangspunktet lede til at en betydningsfull regel forsvinner.

1.2.3 Offentlighet

Reglene om offentlighet gir i utgangspunktet rett for enhver til innsyn i ethvert dokument som foreligger hos forvaltningen. Begrunnelsen kan søkes i fire hensyn; demokrati, kontroll, rettssikkerhet og informasjonstilgang.¹¹ Demokratihensynet tilsier at innsyn i forvaltningens virksomhet er en forutsetning for at publikum skal kunne danne seg et bilde av om den utøvende makt realiserer flertallets vilje slik den er kommet til uttrykk i politiske vedtak. For å skape en reell samfunnsdebatt om samfunnsmessige prioriteringer, er det avgjørende at borgerne faktisk kan vite om hva som skjer i forvaltningen. Kontrollhensynet innebærer at offentlighet gir publikum og medier mulighet til å kontrollere om det foregår krtikkverdige eller ulovlige ting i forvaltningen. Muligheten for slik kontroll vil i sin tur skjerpe tjenestemennenes opptreden. Rettssikkerhetshensynet ivaretas særlig av de individuelle saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven. Samtidig vil offentlighet være en viktig forutsetning for en rettssikker saksbehandling, særlig for å kunne bringe på det rene om den individuelle avgjørelse avviker fra den generelle praksis og kan representere usaklig forskjellsbehandling. Gjennom kontrollhensynet vil også rettssikkerheten styrkes av

¹⁰ Graver 2002 s. 318

¹¹ NOU 2003: 30 s. 42 flg.

offentlighetsprinsippet ved at tjenestemennene sørger for sikker hjemmel og god saksbehandling etc. for ikke å bli utsatt for offentlig kritikk. Til slutt er offentlighet viktig av hensyn til allmennhetens tilgang til kvalitetssikret og systematisert informasjon. Hensynet må sees i sammenheng med informasjon som kommersiell, vitenskaplig og samfunnsmessig ressurs. Hensynet virker både i samtiden og for fortidige prosesser som ettertiden kan granske. Den sistnevnte kategorien stimulerer også demokratiet ved muligheten for å korrigere og kritisere i lys av fortidige erfaringer. Offentlighet i relasjon til tjenesteorganer har særlig betydning for å bringe på det rene om fellesskapets ressurser anvendes på en forsvarlig måte. Der tjenestene overføres til private vil en viktig regel ikke lenger få anvendelse.

Det er således dekning for å hevde at det i noen tilfeller kan være et visst behov for å la forvaltningsrettslige regler få anvendelse på private. Mitt siktemål er å studere hvilke lovgivningsmodeller som gir reglene slik utvidet anvendelse, og hvilke hensyn som er relevante for og imot slik anvendelse. Dette innebærer tre ulike tilnærminger. For forvaltningsloven, offentlighetsloven og miljøinformasjonsloven undersøker jeg i hvilken grad private tjenesteytere omfattes av lovene. For avtalespesialistene, friskoler, private barnehager og private omsorgsboliger blir spørsmålet i hvilken grad tjenesteyterne er omfattet av regler om habilitet, taushetsplikt og offentlighet. Dette skjer i kraft av ad hoc-lovgivning på de enkelte sektorer. Til slutt vil jeg ta for meg de hensynene som gjør seg gjeldende og hvordan hensynene styrer valget av lovgivningsmodell.

2 Anvendelsesområdet for forvaltningsloven og offentlighetsloven

2.1 Generelt

Forvaltningsloven og offentlighetsloven gir generelle regler om taushetsplikt, fvl. § 13 flg., habilitet, fvl. § 6 flg og offentlighet, offl. § 2. Reglene gjelder generelt for forvaltningen, og ikke for private. Dersom men ser de tre regelsettene under ett, er det særlig to grenseflater mot private rettssubjekter; for det første kan visse private rettssubjekter være omfattet av reglene som ”organ for stat eller kommune” etter en ulovfestet helhetsvurdering, for det annet gjelder reglene om taushetsplikt og habilitet

for offentlige tjenestemenn og ”enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan”.

2.2 Organ for stat eller kommune

Jeg vil her kort undersøke det er grunnlag for at private tjenesteytere omfattes av lovenes generelle virkeområde. Begge lovene har identisk formulert avgrensningskriterium. Offentlighetsloven (offl.) § 1 første ledd bestemmer at:

”Denne loven gjelder den virksomhet som drives av forvaltningsorganer når ikke annet er bestemt i lov eller i medhold av lov. Som forvaltningsorgan regnes i loven ethvert organ for stat eller kommune. Privat rettssubjekt regnes som forvaltningsorgan i saker hvor det treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift.”

Lovteksten angir anvendelsesområdet på to alternative måter. Loven gjelder dels for institusjonelt avgrensede forvaltningsorganer, og dels for private rettssubjekter som treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrifter, dvs. utøver visse funksjoner. Det siste alternativet holdes utenfor i det følgende. Lovteksten bygger på et skarpt skille mellom forvaltningen som juridisk person og private rettssubjekter.¹² Utgangspunktet er derfor utvilsomt at private tjenesteytere ikke omfattes av lovenes generelle virkeområde. At private rettssubjekter er tillagt oppgaver av forvaltningen, forandrer ikke på dette. Det faktum at en vesentlig del av utgiftene for private helse- og sosialinstitusjoner dekkes av folketrygden og at virksomhetene derfor i en viss forstand er med på å fordele offentlige ressurser gjør heller ikke at institusjonene er forvaltningsorganer.¹³ Lovenes avgrensningskriterium er samtidig meget vidt og omfatter svært mange ulike offentlige

¹² NOU 2003: 34 s. 36

¹³ Eckhoff/Smith s. 172 og St.mld. nr. 32 (1997-1998) s. 41

organisasjoner.¹⁴ Det kan være vanskelig å avgjøre om en enhet er et forvaltningsorgan dersom det er organisert som selvstendig rettssubjekt. Rundt denne problemstillingen er det utviklet en ulovfestet helhetsvurdering ut fra forvaltningspraksis og juridisk teori.¹⁵ En grunnbetingelse for at et selvstendig rettssubjekt kan bli regnet som forvaltningsorgan, er at det er offentlig eid eller opprettet.¹⁶ Videre vil løsningen bero på en vurdering av organets formål, virksomhetens art, organisatorisk tilknytning til forvaltningen, monopolsituasjon og om enheten er redskap for offentlig politikk.¹⁷ Denne vurderingen har ingen relevans for min problemstilling, annet enn at den fremhever noen relevante hensyn på området.

Konklusjonen er at private tjenesteutøvere ikke omfattes av det generelle anvendelsesområdet for fvl. og offl.

2.3 Habilitets- og taushetspliktreglene i forvaltningsloven

Jeg vil her undersøke i hvilken grad private tjenesteutøvere omfattes av habilitets- og taushetspliktsreglene i forvaltningsloven. Habilitetsreglene i fvl. § 6 gjelder jfr. § 10 for offentlige tjenestemenn og ”enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan”. Samme avgrensningskriterium anvendes for reglene om taushetsplikt, jfr. fvl. § 13 første ledd. Jeg vil her bare se på avgrensingen av personkretsen som er omfattet av reglene, og vurdere om ansatte i private tjenesteinstitusjoner kan omfattes av reglene direkte. Begge regelsettene retter seg mot personer og ikke organer, og omfatter flere enn de som er ansatt i forvaltningsorganer som offentlige tjenestemenn, jfr. fvl. § 2 første ledd litra d). I tillegg til tjenestemennene

¹⁴ Eckhoff/Smith s. 171, Graver s. 309

¹⁵ Graver 2002 s. 310

¹⁶ JDLOV-1998-2490

¹⁷ NOU 2003: 30 s. 52

vil for eksempel sakkyndige og medlemmer av kommunestyret omfattes.¹⁸ Reglene dekker personer som utfører permanente og midlertidige tjenester.¹⁹ Det sentrale hensynet er at ikke den formelle status som tjenestemann skal være avgjørende for reglenes anvendelse, men om personen utfører oppdrag for forvaltningen.

Begrepet ”private tjenesteutøvere” er ikke brukt i loven, det er ikke presist, og det kan dekke over en stor gruppe forhold mellom forvaltning og private. For enkelhets skyld vil jeg begrense meg til tre typetilfeller av private tjenesteytere og kort vurdere om disse kan sies å utføre ”tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan”. For det første har vi situasjonen der et forvaltningsorgan er pålagt å sørge for en tjeneste til publikum, og inkluderer private utøvere i det totale tilbudet, typisk barnehagesystemet og avtalespesialister. For det annet situasjonen der forvaltningen bruker private til interne arbeidsoppgaver, fra renhold til økonomiske konsulenter. For det tredje situasjonen der forvaltningen opptrer som konsesjonsmyndighet og markedsregulator med sikte på at private tjenesteutøvere skal dekke et behov hos publikum, typisk innen samferdsel. Inndelingen er på ingen måte uttømmende, men tjener bare til å skissere noen viktige sondringer.

Ser vi på det første typetilfellet innen barnehagesektoren, er utgangspunktet etter barnehageloven av 5. mai 1995 nr 19 § 7 at kommunen har ansvar for barnehagetjenester. Det er tydelig forutsatt at private barnehager kan godkjenes og gjøres til del av det totale tjenestetilbudet. Et hovedtrekk er at tjenesten er rettet mot publikum. Formelt er den enkelte person ansatt i den private barnehagen, ikke i kommunen. Barnehagen innehar en offentligrettslig godkjenning og er ikke kontraktsstyrt. Enheten har en stor grad av autonomi, og har ikke tatt på seg konkrete

¹⁸ Eckhoff/Smith s. 181

¹⁹ Eckhoff/Smith s. 209

oppgaver for kommunen. Initiativet ligger hos den private som først ønsker å drive en virksomhet, og dernes godkjennes av forvaltningen. Dette taler mot at personene utfører oppdrag for kommunen. På den annen side yter kommunen offentlig tilskudd til barnehagen direkte knyttet til det enkelte barn, og det indikerer at det foreligger en ytelse mot ytelse. Den private utfører en tjeneste kommunen i motsatt fall ville måttet sørge for selv. Situasjonen skiller seg klart fra tilfeller der forvaltningen gir konsesjon til en virksomhet der den private selv skal tjene inn et vederlag i markedet. Dette taler for at den private enheten utfører et oppdrag for kommunen. En utvidende tolkning har ikke støtte hverken i praksis eller teori. Foruten sakkyndige og ulike tjenester nevnes i litteraturen verv, ombud og oppdrag.²⁰ Jeg har ikke funnet eksponenter i teorien for noen særskilt utvidende tolkning på dette punkt. Dessuten legger legalitetsprinsippet føringer på hvor utvidende slike bebyrdende regler kan tolkes. Konklusjonen er at habilitets- og taushetspliktreglene ikke får direkte anvendelse på private som utfører tjenester overfor publikum.

For det andre typetilfellet, ligger det nærmere å si at den private utfører en tjeneste for forvaltningen. Jeg tenker her på situasjoner der forvaltningen anskaffer tjenester til internt bruk. Dette kan være utredninger, betenkninger, konsulentoppdrag og andre oppdrag som utføres av private. De typiske tilfellene er renholdsarbeideren som under arbeidet kommer over sensitive opplysninger, og konsulentselskapet som skal forberede tildeling av en tillatelse el. der konsulenten har eller synes å ha interesser i et bestemt resultat. Barnevernstjenesten kan kjøpe tjenester av en ekstern psykolog i forbindelse med en utredning. I disse tilfellene gjelder det tjenester for forvaltningen, og ikke for publikum. Forvaltningen inngår kontrakter med private tjenesteleverandører, det gis ingen forvaltningsrettslig godkjenning av noe slag. Litteraturen taler for at slike

²⁰ Graver 2002 s. 319

tjenester som omfattes. Konklusjonen er at private som yter tjenester til internt bruk vil omfattes av reglene om habilitet og taushetsplikt.

I det tredje typetilfellet, konsesjonstilfellet innen samferdsel etc. kan det sies at det offentlige har en sterk interesse i at virksomheten drives og at reguleringen er omfattende, og at den private av den grunn utfører en tjeneste for forvaltningen. Ofte innebærer tildelingen betydelige forpliktelser og offentlig støtte. Det blir likevel utenkelig å konkludere med at virksomheten utfører tjeneste for et forvaltningsorgan. Det kan ikke være tilstrekkelig at forvaltningen har en interesse i at en virksomhet drives. Dessuten er omfanget av konsesjonsregulert virksomhet i Norge meget stort, og man opererer da i realiteten med et tjenstekonsept som vil omfatte nærmest hele det private næringsliv. Det er utelukket at rene konsesjonsforhold er å utøve tjeneste for forvaltningen, jfr. fvl. § 10.

Gjennomgangen viser også noen av de momentene som kan være aktuelle for å skille mellom ulike typer og grader av tilknytning mellom forvaltningen og private. Disse hensynene er om det foreligger et formelt avtaleforhold, graden av kontraktsmessig gjensidighet, hvem oppgaven er rettet mot, graden av handlingsfrihet, markedssituasjonen for den private og hvorvidt publikum har rettskrav på tjenesten. Som oppsummering kan det konkluderes med at forvaltningsloven og offentlighetsloven ikke omfatter private tjenesteytere som yter tjenester rettet mot publikum, hverken etter sine generelle anvendelsesområder eller etter de mer spesielle regler i forvaltningsloven om habilitet og taushetsplikt.

3 Anvendelsesområdet for miljøinformasjonsloven

3.1 Generelt

Miljøinformasjonsloven av 9. mai 2003 nr 31(miljøinfl.) har til formål å sikre allmennheten tilgang til miljøinformasjon for å gjøre det enklere for den enkelte å verne miljøet, verne seg selv og delta i miljømessige beslutningsprosesser, jfr. § 1. Loven gir enhver rett til å få innsyn i faktiske opplysninger og vurderinger om miljøet, miljømessige påvirkningsfaktorer og miljøvirkninger på menneskers helse, sikkerhet og

levevilkår, jfr. § 2. Loven skiller mellom rett til miljøinformasjon hos ”offentlig organ” i kap. 3 og rett til miljøinformasjon om privat eller offentlig virksomhet i kap. 4. For innsynsrett hos offentlig organ går loven lengre enn offentlighetsloven med hensyn til hvem som har plikt til å gi informasjon. På den annen side gjelder innsynsretten bare miljøinformasjon. Jeg vil undersøke i hvilken utstrekning private tjenesteytere er omfattet av loven. Jeg ser her på hvilke rettssubjekter som er omfattet av definisjonen av ”offentlig organ”, jfr. § 5.

3.2 Offentlig organ

Reglene om rett til miljøopplysninger som foreligger i forvaltningen gis et videre personelt anvendelsesområde enn innsynsretten etter offentlighetsloven.²¹ Retten gjøres gjeldende overfor ”offentlige organer”, jfr. § 10. Etter § 5 stilles det opp tre alternative grunnlag for å falle inn under definisjonen. Begrepet inkluderer for det første alle forvaltningsorganer som omfattes av offl. § 1. For det annet omfattes rettssubjekter som er kontrollert av forvaltningsorgan og som utøver offentlige funksjoner eller tjenester til allmennheten, jfr. litra b). For det tredje omfattes visse private med oppdrag fra forvaltningen. Etter litra c) omfattes også:

”rettssubjekter som ved lov, forskrift eller på oppdrag fra (forvaltningen) har til oppgave å utføre offentlige funksjoner eller tilby tjenester til allmennheten som vedrører miljøet”.

Regelen har sitt utspring i EU-kommisjonens forslag til nytt miljøinformasjonsdirektiv. Bakgrunnen for EUs initiativ er at mange fellesskapstjenester av betydning for miljøet går over fra offentlig regi til å utføres av private. Formålet med den vide definisjonen er

²¹ Bugge 2005 s. 500

at ikke organisasjonsform skal være avgjørende for reglenes anvendelse.²² Dersom reglene gjøres avhengig av formell organisatorisk tilknytning til forvaltningen, vil omorganisering og overgang fra egenregi til eksternt tjenestekjøp gjøre at reglene ikke får anvendelse. Lovutvalget fremhevet at bestemmelsene vil være med på å sikre at allmennheten ikke får dårligere tilgang til miljøopplysninger ved at offentlige oppgaver blir privatisert.²³ I slike tilfeller vil fremdeles begrunnelsen og behovet for innsyn foreligge.

Virksomheter som vedrører miljøet kan være avfallshåndtering, avløpsanlegg, vannforsyning, kollektivtransport, energiforsyning, omfattende arealforvaltning, virksomheter med stor ulykkesrisiko, som produserer store mengder eller særlig farlig avfall, eller forbruker store mengder råvarer.²⁴ Oppryddingsaksjoner etter oljesøl, opprensning i forurensede sedimenter, skjøtselstiltak i verneområder, miljøovervåkning, eller tiltak for å sikre bestander av truede arter vil omfattes.²⁵ Utslipp av uønsket materiale og medikamenter fra sykehus har vist at også virksomheter som ikke er typiske miljøbedrifter kan ha virkninger på miljøet.²⁶

Loven omfatter rettssubjekter som ”ved lov, forskrift eller på oppdrag” av forvaltningen har til oppgave å utøve offentlige funksjoner som vedrører miljøet. Kriteriet stiller krav til bestemte former for tilknytning mellom private og det offentlige. Departementet peker på at private som samler inn forbruksavfall på vegne av kommunen ”klart” faller inn under begrepet.²⁷ ”På oppdrag fra” innbefatter for det første avtale mellom

²² Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 71

²³ NOU 2001: 2 s. 91

²⁴ NOU 2001: 2 s. 91

²⁵ Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 71

²⁶ Aftenposten 05.12.2005 om utslipp fra Haukeland sykehus

²⁷ Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 70

forvaltningen og private om utførelsen av offentlige tjenester. Ved avgrensningen av avtalealternativet må hovedgrensen trekkes mot lovbestemte konsesjonsordninger. Det kan være vanskelig å avgjøre når noen har fått et oppdrag, og når noen har fått en konsesjon til å drive på egenhånd. Utvalget nevner grensedragningen,²⁸ men gir ikke klare kriterier. Relevante momenter kan være om det foreligger monopolsituasjon for den private, plikt for den private til å utføre visse oppgaver, forvaltningens interesse i at virksomheten drives, om forvaltningen yter vederlag for oppgaven, om utøvelsen styres av generelle regler eller spesifiserte instruksjoner og om tildelingen har skjedd som avtale eller vedtak. Innsynsretten gjelder bare for informasjon som knytter seg til de offentlige funksjonene eller tjenestene til allmennheten, jfr. § 5 første ledd litra c) annet punktum. Regelen betyr at dersom virksomheten dels driver virksomhet etter oppdrag fra forvaltningen og dels driver i konkurranse med private, vil innsynsretten bare gjelde opplysninger knyttet til oppdragsdelen. Eksempelvis kan et renovasjonsselskap både samle inn forbruksavfall etter avtale med kommunen, og drive containerutleie i konkurranse med andre. Innsynsretten etter loven vil bare gjelde for de delene av virksomheten som er omfattet av avtalen med kommunen. Begrunnelsen er å sikre mest mulig like konkurransevilkår for slike bedrifter når de også opererer i et marked. I motsatt fall hadde offentlige oppdrag kunnet være en belastning for private selskaper, og redusert viljen til å påta seg slike oppgaver. Regelen sikrer at offentlige og private virksomheter stiller likt når de opererer innenfor samme tjenestemarked.

Konklusjonen er at private tjenesteytere innen visse sektorer i stor grad vil omfattes av loven. Viktige begrensninger ligger i at loven bare gir rett til miljøinformasjon, og at den bare gjelder overfor private tjenesteytere innen visse sektorer.

²⁸ NOU 2001: 2 s. 90

4 Avtalespesialister

4.1 Innledning

I helseretten sondres det mellom primærhelsetjeneste og spesialisthelsetjeneste.²⁹

Primærhelsetjenesten er kommunenes ansvar og regulert av kommunehelsetjenesteloven av 1982. Det overordnede ansvaret for spesialisthelsetjenesten ligger hos staten, jfr.

spesialisthelsetjenesteloven av 2. juli 1999 nr. 61 (sphlsl.) § 2-1. Pasientens rett til spesialisthelsetjenester følger av pasientrettighetsloven av 2. juli 1999 nr. 63 (pasl.) § 2-

1 annet ledd.³⁰ De regionale helseforetakene skal ”sørge for” spesialisthelsetjenester for personer bosatt i regionen jfr. sphlsl. § 2-1a første ledd. Lov om helseforetak av 15. juni

2001 nr 93 (hftl) § 2 fastsetter at regionale helseforetak eies av staten alene, og landet er delt inn i fem helseregioner, jfr. § 4. Den utøvende virksomhet skal organiseres som

helseforetak, jfr. § 9 og helseforetakene eies av de regionale helseforetakene. Dette er i realiteten de enkelte sykehus omkring i landet, for eksempel Haukeland HF under Helse Vest, Ullevål Universitetssykehus HF under Helse Øst og Rikshospitalet-

Radiumhospitalet HF under Helse Sør.³¹ Spesialisthelsetjenestene som det regionale helseforetaket skal sørge for, kan ytes av foretaket selv, dvs. av helseforetakene, eller

ved avtale med private tjenesteytere, jfr. sphlsl. § 2-1a fjerde ledd.³² Loven gir hjemmel for å la plikten til å ”sørge for” tjenestene utføres av private. Slike avtaler inngås på

områder som dagkirurgi, innleggelser, laboratorietjenester, røntgentjenester, opptreningsinstitusjoner, rehabilitering, utredningsklinikker og

rusbehandlingsinstitusjoner. For tiden er det for eksempel inngått 20 slike avtaler mellom Helse Øst og private sykehus og spesialister.³³ Inngåelsen av slike avtaler har

²⁹ Kjønstad og Syse s. 187

³⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) pkt. 4

³¹ www.odin.no/hod/norsk/tema/sykehus

³² Ot.prp.nr.66 (2000-2001) s. 24

³³ www.helse-ost.no

etter norsk rett blitt behandlet både som enkeltvedtak etter forvaltningsloven³⁴ og som offentlig anskaffelse³⁵. Retten til nødvendig helsehjelp for borgerne etter pasl. § 2-1 gjelder i offentlig finansiert spesialisthelsetjeneste og ”andre tjenesteytere i den utstrekning regionale helseforetak (..) har inngått avtale med disse om tjenesteyting”. Borgerne har en rettighet som kan realiseres enten ved en offentlig eller en privat tjenesteyter.

Slike avtaletilknyttede leger og sykehus spanner over et vidt spekter med hensyn til størrelse og funksjoner.³⁶ En gruppe driver som privatpraktiserende spesialister utenfor institusjon, mens en annen gruppe er private helseinstitusjoner. Helseforetaksloven § 5 fastsetter at forvaltningsloven og offentlighetsloven får anvendelse på de regionale helseforetakene og de utøvende helseforetakene virksomhet. Foreløpig er det vesentlige av sykehussektoren statlig kontrollert og eid.³⁷ Viktige oppgaver ivaretas imidlertid av private etter avtale, og helseforetaksloven sier ikke noe om de to lovenes anvendelse på de private sykehusenes virksomhet. Legene og sykehusene som befinner seg i slike avtaleposisjoner er ikke ”organ for stat eller kommune” etter gjeldende rett, jfr. fvl. § 1 og offl. § 1 første ledd. De private avtalespesialistene er likevel underlagt en rekke forvaltningsrettslige regelverk, dels ved lov og forskrifter, dels gjennom kollektivavtaler og dels gjennom den nevnte individuelle avtale med det regionale helseforetaket. Jeg tar for meg den individuelle avtalen og noen aspekter ved lovgivningen.

³⁴ SOMB 1997-8, SOMB 2004-22

³⁵ KOFA 2003/149, KOFA 2004/126

³⁶ NOU 2005:3 s. 60

³⁷ Konkurransetilsynets årsberetning 2004 s. 25

4.2 Avtale med regionalt helseforetak

Jeg vil først kort se på innholdet i en typisk avtale.³⁸ Avtalene regulerer den private leges eller sykehus` rett og plikt til å yte tjeneste overfor pasienter på vegne av det regionale helseforetaket, jfr. § 5.1. Henvisningsretten ligger etter avtalen hos primærlege, legespesialist eller sykehus. Den vanligste veien går fra primærlege (fastlege) inn til undersøkelse eller behandling hos private spesialister. Pasienten har fritt sykehusvalg, jfr. pasientrettighetsloven (prhl.) § 2-4, og den private legen er forpliktet til å ta imot pasienter også fra andre regioner, jfr. § 16. Avtalen gjelder bare bestemte typer tjenester, jfr. § 5.1. Når legen har tatt i mot pasienten og ytet en slik tjeneste, for eksempel behandling, utredning eller rehabilitering, sendes en anonymisert faktura til det regionale helseforetaket som betaler etter bestemte satser for ulike diagnoser, jfr. § 8.1. Her ser man elementene av ytelse mot ytelse, selv om naturalytelsen er rettet mot publikum, og ikke mot den betalende part som er det regionale helseforetaket. Etter avt. § 8 kan ikke sykehuset ta andre egenandeler enn de som gjelder i det offentlige systemet for tjenestene under avtalen. Avtalen inneholder en rekke bestemmelser om ytelsens og virksomhetens kvalitet og innhold, men det er ikke avtalefestet at leverandøren må følge forvaltningsloven eller offentlighetsloven. En rekke bestemmelser i avtalen pålegger det private sykehuset å følge andre typiske forvaltningsrettslige regler på bestemte områder. I avtalens § 6.2 heter det at leveransen skal være i samsvar med de til enhver tid gjeldende lover og forskrifter. Avtalen forutsetter en kontroll med ansvarlige spesialister og at endringer skal meddeles Helse Øst. Bestemmelsen gir uttrykk for et grunnleggende prinsipp om et likeverdig helsetilbud til alle. Et av de viktigste aspektene ved private helsetjenester er å sikre at kvaliteten er like god som i det offentlige systemet, og at ikke ønsket om inntjening

³⁸ Vedlegg 1, Avtale om leveranse av spesialisthelsetjenester dagkirurgi for 01.01.2004-31.12.2005 mellom NN og Helse Øst RHF

leder til innholdsmessig forringelse av tjenesten. Det private sykehuset er derfor også pålagt å ha et internkontrollsystem, jfr. avt. § 6.3 og 6.4. Dette er også for å sikre at de avtalte tjenestene utføres i henhold til gjeldende krav. Rapporteringspliktene etter § 7 innebærer at sykehuset må oversende standardiserte rapporter om behandlinger og skader til Norsk Pasientregister, og at Helse Øst i sin tur kan innhente disse opplysningene fra NPR. Informasjonspliktene etter avt. § 9 gjelder informasjon til pasienten om behandlingstid, alternative behandlingsinstitusjoner, resultater og kostnader. Bestemmelsen fastsetter også en plikt for sykehuset til å samarbeide med andre institusjoner i helsetjenesten for å kunne gi et best mulig tilbud til pasienten. I § 12 er det bestemt at avtalen er offentlig. Etter § 16 inngår det private sykehuset i fritt sykehusvalg, som betyr at pasienter fra hele landet kan velge behandling ved institusjonen. Vi ser at avtalen underlegger sykehuset en rekke regler som kan karakteriseres som forvaltningsrettslige, og som skiller seg fra det som gjelder for private sykehus som ikke har avtale med det offentlige. Det fremkommer tydelig at hovedformålet med avtalen er å sikre pasientens stilling, og at denne ikke stilles dårligere enn innen det offentlige helsetilbudet. Det er ikke grunnlag for å hevde at slik privatisering representerer et dårligere tilbud til pasienten, selv om det kan finnes styringsproblemer for de regionale helseforetakene.³⁹ De reglene jeg har for øye, særlig habilitet og offentlighet, gjelder hhv. offentlighetsens innsynsrett og habilitet i forhold til tredjepersoner særlig kontraktsleverandører. Disse aspektene kommer i bakgrunnen når man rendyrker pasientrettighetsperspektivet ved avtaleutformingen. Avtalen er gjort offentlig, jfr. § 12, men bestemmelsens funksjon er kun å minne den private parten om innsynsreglene i offentlighetsloven. Avtalen kunne ha forpliktet sykehusene til selv å følge reglene om habilitet og offentlighet. Hvorvidt noe slikt ville være fornuftig, er et spørsmål vi kommer tilbake til i kap. 9.

³⁹ NOU 2005:3 s. 18

4.3 Lovgivningen

I helsesektoren gjelder en omfattende særlovsregulering. Jeg vil her se på noen av de forvaltningsrettslige reglene som gjelder for avtalespesialistene. Avtalespesialistene er private rettssubjekter og derfor ikke ”organ for stat eller kommune” etter fvl. § 1 og offl. § 1. Dette gjelder til tross for at en vesentlig del av utgiftene dekkes av folketrygden, og at institusjonene derfor kan sies å fordele offentlige ressurser.⁴⁰ Lovene får ikke anvendelse på deres virksomhet, unntatt når de fatter enkeltvedtak. Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64 (hlspl.) stiller opp generelle krav til alt helsepersonell og alle virksomheter som yter helsehjelp i riket, jfr. § 2 første ledd. Loven gjelder uavhengig av om institusjonen er offentlig eller privat, og har blant annet regler om faglig forsvarlighet, forbud mot uforsvarlig ressursbruk, plikt til å yte nødvendig helsehjelp, pliktmessig avhold, forbud mot å motta gaver, taushetsplikt, opplysningsplikt og meldeplikt. Etter lovens kap. 11 er Statens Helsetilsyn tilsynsmyndighet, og kan ilegge helsepersonell reaksjoner ved regelbrudd, jfr. §§ 56 og 57. Statens Helsetilsyn er nærmere regulert i Lov om statlig tilsyn med helsetjenesten 30. mars 1984 nr. 15 (tilsl.). Etter § 5 kan pålegg også rette seg mot virksomheten som sådan, dvs. en privat klinikk. Spesialisthelsetjenesteloven gjelder for spesialisthelsetjenester som ytes av staten og av private, jfr. § 1-2. Loven har blant annet regler om faglig forsvarlighet, journal og informasjonssystemer, informasjonsformidling, taushetsplikt og opplysningsplikt. Det er dels tale om regler som retter seg mot institusjonen og dels regler som retter seg mot de ansatte.

4.3.1 Taushetsplikt

Det er flere regler som har betydning for taushetsplikt i spesialisthelsetjenesten. Ved gjennomgangen må vi skille mellom taushetsplikt for ansatte som yter helsetjenester og for ansatte som administrerer. Etter sphsl. § 6-1 har alle som utfører arbeid eller

⁴⁰ Eckhoff/Smith s. 390

tjeneste for helseinstitusjoner taushetsplikt etter fvl. §§ 13-13e, men omfanget av taushetsbelagte opplysninger er noe utvidet.⁴¹ Både offentlige og private helseinstitusjoner omfattes av bestemmelsen, jfr. § 1-2 første ledd. Regelen gjelder for alle ansatte. Etter hlspl. § 21 skal helsepersonell hindre at andre får adgang eller kjennskap til folks personlige helseforhold. Bestemmelsen gjelder uansett om helsepersonellet er ansatt i privat eller offentlig sektor. Regelen gjelder ikke for administrativt personale.⁴² Begrunnelsen for sphsl. § 6-1 er nettopp at en del ansatte i spesialisthelsetjenesten vil falle utenfor definisjonen av helsepersonell etter hlspl. § 3.⁴³ Til slutt gjelder forvaltningsloven for helseforetakenes virksomhet, jfr. hftl. § 5 første ledd. I kraft av denne bestemmelsen gjelder taushetsreglene for alle ansatte i helseforetakene og de regionale helseforetakene, men den gir ikke reglene anvendelse på private. Helsepersonell ansatt i private helseinstitusjoner under spesialisthelsetjenesten er underlagt et dobbelt sett regler om taushetsplikt, sphsl. § 6-1 og hlspl. § 21. Den materielle avgrensningen er litt ulik etter de to reglene, men dette vil ikke problematiseres her. Administrativt personell ved slike enheter er underlagt taushetsplikt i kraft av sphsl. § 6-1. Konklusjonen er at reguleringen av taushetsplikt for ansatte i private helseinstitusjoner med avtale med regionale helseforetak er omfattende og betryggende.

4.3.2 Habilitet

Habilitet for helsepersonell er regulert i hlspl. § 15 når det gjelder utstedelse av attest, legeerklæring el. Bestemmelsen henviser til habilitetsregelen i fvl. § 6. Det består en

⁴¹ Etter forvaltningslovens system omfattes ikke nøytrale opplysninger om fødested, fødselsdato, personnummer, statsborgerforhold, sivilstand, yrke, bopel og arbeidssted, med mindre opplysningene røper et klientforhold el., jfr. § 13 annet ledd. Slike opplysninger omfattes av taushetsplikten etter sphsl. § 6-1 annet ledd.

⁴² Ot.prp.nr.13 (1998-1999) pkt 11.2

⁴³ Ot.prp.nr.10 (1998-1999) pkt. 7.1.5

nær forbindelse mellom legeerklæringen og rettigheter etter folketrygdloven. Det er ikke legen som tildeler ytelsen etter trygdelovgivningen, men erklæringen utgjør et element som som oftest er avgjørende for tildelingen av en ytelse fra trygdekontorets side. Helsepersonell ved en privat klinikk er her underlagt de samme regler som alt annet helsepersonell. Dette er den eneste direkte regulering av habilitet. For den videre drøftelsen må det skilles mellom habilitetsproblemer knyttet til tjenesteforholdet mellom lege og pasient og habilitetsspørsmål knyttet til andre forhold, særlig kontraktsinngåelser og personalforvaltning.

Tjenesteutøvelsen er ikke underlagt habilitetsregler i helselovgivningen. Den konkrete utøvelsen av legegjerningen kan dessuten ikke regnes som ”avgjørelse i forvaltningssak”, jfr. fvl. § 6 for leger ansatt i institusjoner under de regionale helsforetakene. Det er heller ikke lett å se noen begrunnelse for at selve tjenesten ikke skulle kunne utføres av en nærstående. Problemet oppstår der legens avgjørelse representerer en fordeling og prioritering av disponible ressurser. Jeg holder her utenfor spørsmålet om hvilke avgjørelser i helsesektoren som er enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Det kan oppstå spørsmål om habilitet ved avgjørelse av om en pasient har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pasl. § 2-1 annet ledd. Forvaltningsloven gjelder ikke ved avgjørelser om rett til helsehjelp og transport etter pasl. kap. 2, jfr. § 2-7. Dette er i tråd med systemet for avgjørelser om rett til allmennhelsetjenester etter kommunehelsetjenesteloven, jfr. lovens § 2-1 tredje ledd. Det generelle unntaket fra forvaltningsloven for disse avgjørelsene i helsesektoren i stor grad kompensert med særlovgivning som tilsvarende regler om taushetsplikt jfr. hlspl. § 21 flg., veiledningsplikt jfr. pasl. § 3-2, insynsrett jfr. pasl. § 5-1 og klageadgang jfr. pasl. kap 7. Forvaltningsloven gjelder videre for Helsetilsynets klagebehandling, jfr. pasl. § 7-6. Særreguleringen har imidlertid ikke tatt med regler som tilsvarende forvaltningslovens regler om habilitet for avgjørelsen om rett til spesialisthelsetjenester.

Dersom unntaket i pasl. § 2-7 ikke fantes, ville tildeling av helsetjenester trolig kunne sies å være ”avgjørelse i forvaltningssak”, jfr. fvl. § 6 for en lege ved et offentlig sykehus.⁴⁴ For denne ville det da gjelde klare grenser for hvilke objektive bånd som kan foreligge mellom legen og pasienten. Objektivt sett kan legen ha, eller synes å ha, interesser i et bestemt resultat ved en medisinsk vurdering og avgjørelse. Som nevnt ovenfor er et sentralt hensyn bak habilitetsreglene å sikre allmennhetens tillit til forvaltningen. Denne tilliten kan være utsatt der for eksempel en mor avgjør sin sønns rett til spesialisthelsetjenester. Her må det også holdes for øye at habilitetsregler ikke er det samme som regler om usaklig forskjellsbehandling. Ved en klage til Fylkeslegen kan alle sider ved avgjørelsen prøves, unntatt avslag av ressursgrunner.⁴⁵ Som grunnlag for klagen vil det kunne anføres at et avslag er usaklig begrunnet på grunn av en negativ forbindelse mellom lege og pasient. Dette forutsetter en påvisning av en usaklig motivasjon, noe som er langt vanskeligere enn de objektive forbudene etter fvl. § 6. Det kan derfor reises et kritisk spørsmålsteget ved dette unntaket. Jeg vil peke på tre forhold knyttet til unntaket fra habilitetsreglene. For det første gjelder unntaket likt både for private og offentlige aktører innen spesialisthelsetjenesten. Vi står derfor ikke overfor en regel som får anvendelse innenfor den offentlige sektor og ikke i den private. Tildeling av oppgaver fra offentlige enheter til private vil ikke forandre på pasientenes rettsstilling. For det annet kan det argumenteres med at habilitetsreglene er utslag av alminnelige prinsipper om god saksbehandling, og at de kan få betydning selv om forvaltningsloven er satt ut av spill.⁴⁶ Her oppstår spørsmålet om i hvilken utstrekning forvaltningsrettslige prinsipper kan gis anvendelse på private. Denne problemstillingen kan ikke drøftes i sin fulle bredde her. Jeg nøyer meg med å peke på at unntaket i pasl. § 2-7 taler sterkt i mot noen slik anaogisk anvendelse på private. Dessuten vil

⁴⁴ Graver 2002 s. 320

⁴⁵ Kjønstad og Syse s. 220

⁴⁶ Kjønstad og Syse s. 204

legalitetsprinsippet sette grenser for hvilke ulovfestede bebyrdende prinsipper som kan gjøres gjeldende for private.⁴⁷ Det er derfor ikke grunnlag for at slike prinsipper vil kunne gis anvendelse på private avtalespesialister. I dette avspeiles en skjevhet mellom legen ved det offentlige og det private sykehuset. På den annen side vil reglene om forsvarlig profesjonsutøvelse antagelig ivareta de samme hensyn på en nær betryggende måte. Det tredje forholdet gjelder dynamikken i avtalespesialistsystemet. Avtalen gjelder innen bestemte diagnostiske områder og for et bestemt årlig volum.

Henvisningen av pasienten til avtalespesialisten, kommer enten fra en primærlege, legespesialist eller fra et sykehus, jfr avt. pkt. 5.2. Avtalespesialistene er således i utgangspunktet ikke i en situasjon der det er opp til dem å prioritere mellom pasienter. Deres funksjon er ikke å foreta kvalifiserte vurderinger med visse rettsvirkninger, men å utføre konkrete operative tjenester etter henvisning. På den annen side nevner avt. pkt 5.1 fjerde ledd muligheten for at sykehuset må sette opp ventelister for pasienter som skal opereres. Å sette opp slike ventelister kan reise habilitetsspørsmål i relasjon til pasientene. Dette forholdet er ikke gitt noen løsning i lovgivningen eller avtalen.

For det øvrige personalet og i andre situasjoner enn ved spørsmål om rett til helsehjelp løser ikke pasl. § 2-7 spørsmålet om habilitet. Inhabilitet kan være aktuelt i relasjon til personalforvaltning og avtaleinngåelser, for eksempel forberedelse av en ansettelse. For de regionale helseforetakene og de underliggende helseforetakene vil habilitetsreglene gjelde i saker om ansettelser, oppsigelser og andre personalsaker, jfr. hftl. § 5 første ledd. For avtalespesialistene gjelder ikke disse reglene. Avtalen brukes ikke til å pålegge de private sykehusene de samme habilitetsreglene som gjelder i offentlig sektor.

⁴⁷ Smith, Stat og rett s. 750

4.3.3 Offentlighet

Offentlighet for den private behandlingsinstitusjonen er ikke regulert i særlovgivningen. De regionale helseforetakene og de underliggende helseforetakene vil være underlagt offentlighetsloven, jfr. hftl. § 5. De private avtalespesialistene omfattes ikke av loven. Heller ikke avtalen gir de private aktørene noen plikt til å følge de alminnelige reglene om offentlighet. Denne nøyer seg med å fastsette at avtaledokumentet er gjenstand for offentlighet, jfr. § 12. Utgangspunktet er derfor at avtalespesialistene ikke må følge offentlighetsreglene. Den største mengden informasjon ved slike institusjoner vil være unntatt offentlighet etter offl. § 5a, fordi den er undergitt taushetsplikt i lov. Dette kan ikke være noe sterkt argument mot å gi offentlighetsloven anvendelse, fordi det samme er tilfelle for de regionale helseforetakene og for en rekke andre tjenesteytende forvaltningsorganer. På den annen side har avtalen for eksempel regler om dokumentasjon av pasienttilfredshet- og kvalitetsdata, jfr. § 6.5. Slik informasjon skal avgis til det regionale helseforetaket etter nærmere spesifisering. Videre må sykehuset rapportere til Norsk pasientregister, utarbeide rapporter for pasientskader og oversende oversikter over behandlinger og komplikasjoner vedrørende virksomheten under avtalen, jfr. § 7. Disse reglene er nært knyttet til kvalitetspliktene, og må tolkes som mekanismer for å sikre en betryggende kvalitet for pasientene. Som vi har sett har offentlighetsreglene tildels andre siktemål, særlig demokratihensyn. Dokumentasjons- og rapporteringspliktene kan imidlertid bringe relevant og systematisert informasjon over til forvaltningsorganer som selv er underlagt offentlighetsreglene. På en slik indirekte måte kan likevel viktige sider i den privatiserte delen av helsesektoren bli offentlige.

5 Private barnehager

5.1 Innledning

Barnehageloven av 5. mai 1995 (bhl) § 7 fastsetter at det er kommunens ansvar å sørge for utbygging og drift av barnehager i kommunen, og at kommunen har plikt til å sørge for tilstrekkelig antall barnehageplasser. Det er en lang tradisjon for private barnehager av forskjellig slag. Kommunen er godkjenningssinstans for barnehager, offentlig eller

privat eide, jfr. §§ 8 og 13. Om lag halvparten av alle barnehager er privateid.⁴⁸ Det er ikke tale om et avtaleforhold mellom den private barnehagen og kommunen, slik som for avtalespesialistene. Etter godkjenning blir barnehagen tatt med i det totale tilbudet i kommunen. Det er således heller ikke tale om et direkte oppdragsforhold der en tjeneste spesifiseres av forvaltningen som oppdragsgiver og tildeles etter anbud eller konsesjonssøknad. Kommunen har ansvar for å legge til rette for en samordnet opptaksprosess og for likebehandling av offentlige og private barnehager, jfr. § 7a. Forskrift til barnehageloven av 19. mars 2004 fastsetter i § 3 annet ledd at kommunen skal dekke barnehagens driftskostnader som ikke dekkes av statlige tilskudd og foreldrebetaling. Forskrift av 23. april 2004 fastsetter maksimalsatser for foreldrebetaling, og det statlige tilskuddet bestemmes årlig over statsbudsjettet. Private barnehager driver størstedelen av virksomheten med offentlige tilskudd. Det er på det rene at disse omstendighetene ikke gjør barnehagen til ”organ for stat eller kommune”, jfr. fvl. § 1 og offl. § 1. Etter bhl. § 10 er kommunen tilsynsmyndighet og kan gi pålegg om retting av uforsvarlige forhold, eller stenging.

5.2 Taushetsplikt

Taushetsplikt for ansatte i private barnehager er regulert i bhl. § 21, hvoretter forvaltningslovens regler i §§ 13-13f får anvendelse for virksomheter etter loven. Det er gitt felles regler for alle barnehager, ettersom det ikke finnes grunner til at ansatte i private barnehager skulle være unntatt fra regler om taushetsplikt.

5.3 Habilitet

Habilitet for ansatte i private barnehager er ikke regulert i barnehageloven med forskrifter. De ansatte i kommunale barnehager vil være omfattet av habilitetsreglene i forvaltningsloven. Ser vi på forholdet mellom barnehagen og familien vil

⁴⁸ Ot.prp.nr. 72 (2004-2005) s. 81

habilitetsspørsmålene særlig være aktuelle ved de avgjørelsene som vedrører barnets plass i barnehagen. Det er på samme måte som for avtalespesialistene ikke aktuelt å karakterisere selve den daglige barnehagetjenesten som et forhold som reiser habilitetsproblemer. Det kan ikke være noe i veien for at en forelder er ansatt i barnehagen der barnet går. Likevel er den private barnehagen ofte i en posisjon der den skal tildele plass, innvilge eller avslå permisjon og la forholdet opphøre. Ved slike avgjørelser er spørsmålet særlig om denne representerer enkeltvedtak, jfr. pkt. 5.5. Dersom det er tilfelle, vil hele forvaltningsloven få anvendelse, herunder habilitetsreglene. Det finnes også andre situasjoner der barnehagens styre og ansatte kan ha interesser i å favorisere noen av familiene og barne til ugunst for andre. Dette kan for eksempel skyldes at barnehagen ved vilkår til tilskudd er pålagt å ta imot barn fra kommunalt opptak, til foretrekk for en bestemt krets, menighet el. Det kan være tale om søknader om permisjon, inndeling i avdelinger og forskjellsbehandling av disse og fastsettelse av foreldrebetaling. Ser vi på forholdet mellom barnehagen og jobbsøkende, bestemmer loven at stillingsutlysningen ikke må kreve at søkerne skal oppgi hvordan de stiller seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, jfr. § 19. Videre må søkeren legge frem tilfredsstillende politiattest, jfr. § 20. Barnehageloven gir for øvrig ikke bestemmelser om hvordan ansettelsesprosedyren skal skje, herunder om habilitetsreglene får anvendelse. For ansettelser i kommunale barnehager, vil habilitetsreglene gjelde, men ikke tjenestemannsloven ettersom denne bare gjelder statlige ansettelser. De alminnelige reglene i arbeidsmiljøloven vil gjelde for den private barnehagen, herunder forbudet mot å forskjellsbehandle ved ansettelse jfr. kap. X A. Som vi har sett er det en vesentlig forskjell mellom materielle diskrimineringsregler og de formelle habilitetsreglene. Reglene kan dessuten ha betydning ved personalforvaltningen underveis i arbeidsforholdet, i den grad avgjørelsen har betydning for ansattes private sfære, for eksempel reguleringer av lønn, arbeidstid, arbeidsplass og ytringsfriheten. Ved rene interne forhold, som fastsettelse av instruks, dagsorden og fordeling av arbeidsoppgaver, vil ikke habilitetsreglene spille noen rolle, fordi avgjørelsene ikke aktualiserer private interesser. Habilitetsreglene kan videre ha betydning for barnehagens avtaleinngåelser. Inngåelse av avtale om for eksempel kjøp eller leie kan være av en viss økonomisk størrelse. Det kan være tale om leie turbuss for lengre tidsrom med avrop, avtale om utbygging av lokaler, lekeplass, innkjøp av leker og utstyr, samt vedlikehold. Det er ikke vanskelig å tenke seg rollekonflikter mellom eier/styre og leverandør. Kommunale barnehagers anskaffelser er underlagt

habilitetsreglene i forvaltningsloven, foruten anskaffelsesreglene. Private barnehager står i en friere stilling. Her kan man imidlertid peke på at de private barnehagene står i et nært økonomisk forhold til kommunen, blant annet som følge av at kommunen forvalter tilskuddene til private barnehager, jfr. § 8. Større anleggsarbeider og innkjøp vil antagelig skje i samråd med kommunen, eller med kommunens viten og samtykke. Det kan indikere at det foreligger betryggende mekanismer for at ikke rollekonfliktene ved anskaffelser blir veldig store.

5.4 Offentlighet

Offentlighetsloven får ikke anvendelse på private barnehager, for disse er ikke å regne som forvaltningsorganer, jfr. offl. § 1. Bhl har ikke fastsatt egne offentlighetsregler for private barnehager. Det foreligger derfor en rettslig ulikhet mellom den offentlige og den private tilbyder. Godkjenningsordningen etter bhl. § 8 og tilsynsreglene i §§ 10 og 11 kan avhjelpe de manglene innsynsreglene. Godkjenningsprosedyren og de tilhørende dokumenter vil i stor grad være omfattet av innsynsreglene i offentlighetsloven. Tilsynsreglene innebærer en plikt for begge kategorier barnehager til å avgi opplysninger til myndighetene og gi disse adgang til lokalene. De opplysningene som tilkommer tilsynsorganene i forbindelse med kontrolloppgavene vil i utgangspunktet være underlagt offentlighetsloven.

5.5 Enkeltvedtak

Det er lagt til grunn i praksis og teori at opptak i kommunal barnehage må regnes som enkeltvedtak.⁴⁹ Ved opptak til kommunale barnehager gjelder derfor reglene om habilitet, partsinnsyn, begrunnelse og klage etc. for søkere. Det samme gjelder ikke for opptak i privat barnehage. En slik avgjørelse er å regne som opptak til en privat forening, og ikke utøving av offentlig myndighet av private. Her er det en relevant

⁴⁹ Ot.prp.nr. 72 (2004-2005) s. 84, SOMB 2003-116

rettslig forskjell mellom det private og det offentlige tilbudet. Dette kompenseres i noen grad ved at flere private barnehager har etablert egne klageordninger, eller er inkludert i kommunens klageordning under det samordnede opptakssystemet. Like fullt kan det betraktes som en svakhet ved det gjeldende systemet at det ikke foreligger oversiktlige fellesordninger på området. Forslaget til ny barnehagelov har med følgende bestemmelse i utkastets § 12:

*Forvaltningsloven kapittel IV-VI gjelder ikke for opptak i barnehage. Kongen gir forskrift om behandling av søknader om opptak i barnehage.*⁵⁰

Ordlyden sier ikke noe om opptaksavgjørelsen generelt er enkeltvedtak. Ser vi på forarbeidene, er meningen å videreføre tilstanden for opptak i kommunale barnehager, dvs. at avgjørelsen ansees som enkeltvedtak.⁵¹ Forslaget forutsetter at det skal gis særlige og mindre omfattende saksbehandlingsregler enn forvaltningslovens saksbehandlingsregler i forskrift. Dette gjelder særlig i relasjon til partsinnsyn og klage for forbigåtte søkere. Begrunnelsen er å sørge for rettssikkerhet for søkerne på en enklere måte, og på en måte som er bedre tilpasset sektoren. Det forutsettes at de øvrige regler i fvl. kap. II og III fremdeles skal gjelde for kommunale barnehager. Spørsmålet om opptak i privat barnehage er enkeltvedtak løses ikke i lovteksten. Dersom slikt opptak etter loven er å anse som enkeltvedtak, vil det etter fvl § 1 blant annet innebære at fvl. kap. II om habilitet gjelder, samt reglene om offentlighet jfr. offl. § 1. Dersom opptaket ikke er enkeltvedtak, vil bare de kommende forskriftsreglene gjelde. Ut fra forarbeidene ser vi at meningen er at opptak i privat barnehage ikke er å regne som enkeltvedtak. Begrunnelsen er at det er ønskelig å gi lett anvendbare regler for private barnehager av ulik størrelse. Forarbeidene peker særlig på at offentlighetsreglene vil

⁵⁰ Ot.prp.nr. 72 (2004-2005) s. 118

⁵¹ Ot.prp.nr. 72 (2004-2005) s. 85

komme til anvendelse dersom opptaket i den private barnehagen defineres som et enkeltvedtak.⁵² Dette fremholdes som lite ønskelig. Synet er at dersom man definerer avgjørelsen som enkeltvedtak vil man iverksette hele forvaltningsloven og offentlighetsloven for de private barnehagene, og det holdes for å være en urimelig byrde særlig for de minste enhetene. Det kan antagelig forventes en forskrift med ett sett saksbehandlingsregler for de kommunale barnehagene, og ett sett regler for de private. Opptaksavgjørelsen i private barnehager er ikke definert som enkeltvedtak.

Til slutt vil jeg nevne muligheten for reaksjoner på brudd på reglementet fra foreldrenes eller barnets side. Det er ikke upraktisk å tenke seg muligheten for bortvisning og midlertidig utestengning som sanksjon. Slike systemer kan følge av vedtektene, jfr. § 15. Dette er lovfestet for friskolenes del, jfr. friskol. § 3-10, og avgjørelse om bortvisning er enkeltvedtak. I den grad slike bestemmelser finnes og praktiseres i private barnehager er behovet for rettssikkerhet ikke mindre for foreldrene og barnet. Det finnes ingen regulering av skriftlighet, begrunnelse og klagerett for foreldrene i slike tilfeller.

6 Friskoler

6.1 Innledning

Opplæringsloven av 17. juli 1998 nr. 61 (oppl.) § 2-1 første ledd fastsetter at barn og unge har plikt til grunnskoleopplæring og rett til offentlig grunnskoleopplæring. Jeg holder her utenfor den videregående opplæringen. Eleven kan ivareta plikten gjennom offentlig opplæring eller gjennom annen tilsvarende opplæring. Regelen innebærer en

⁵² Ot.prp.nr. 72 (2004-2005) s. 85

rett for eleven til å søke opplæring ved private skoler som tilbyr grunnskoleopplæring.⁵³ Oppl. § 2-12 fastsetter at private grunnskoler må ha godkjenning fra departementet. Dersom bestemte vilkår er oppfylt har ansøkende privatskoler rettskrav på godkjenning. Godkjenning etter § 2-12 gir ikke skolen rett til noen form for statstilskudd, og skoledriften vil være fullfinansiert ved elevenes egenbetaling eller egne midler. Eleven oppfyller opplæringsplikten ved å være i slik privatskole.

En annen mulighet for eleven til å utføre skoleplikten ved ikke-offentlig opplæring følger av friskolesystemet. Friskoleloven av 4. juli 2003 nr. 84 (friskl.) har til formål å medvirke til at det kan opprettes og drives friskoler i Norge, grunnskoler og videregående skoler, jfr. § 1-1 første ledd jfr. § 1-2. En friskole er en privat eid skole som har godkjenning etter loven. Elever som er i godkjente friskoler oppfyller grunnskoleplikten etter oppl. § 2-1, jfr. friskl. § 3-2 første ledd. Den private delen av grunnopplæringssektoren er delt i to deler, en som nyter offentlig tilskudd (friskolene) og en som er rene private, selvfinansierende skoler (private grunnskoler). Her behandles bare friskolene. Jeg går ikke nærmere inn på innholdet i friskolesystemet vedrørende krav til innhold og spørsmål om skolens rett til godkjenning. Pr 1. oktober 2005 gikk totalt 26 407 elever i totalt 292 frittstående skoler. I 2005 kom det inn 309 søknader om oppstart av frittstående skoler, 148 gjelder grunnskoler, 136 gjelder videregående skoler.⁵⁴ De offentlige skolene vil være underlagt forvaltningsloven og offentlighetsloven i kraft av å være kommunale og fylkeskommunale enheter. For forvaltningsloven er dette presisert i oppl. § 15-1. For disse vil reglene om taushetsplikt, habilitet og offentlighet gjelde generelt. Opplæringsloven vil ikke gjelde for friskolene annet enn der friskoleloven henviser direkte til loven, for eksempel i § 2-4 om at oppl.

⁵³ Ot.prp.nr.36 (1996-1997) pkt. 24.2

⁵⁴ www.utdanningsdirektoratet.no/dav

kap. 9A om elevenes skolemiljø også gjelder for friskoler. Forvaltningsloven og offentlighetsloven gjelder i utgangspunktet ikke for friskoler.

6.2 Taushetsplikt

Forvaltningslovens regler om taushetsplikt gjelder ”ved behandlinga av saker etter denne lova”, jfr. friskol. § 7-3. Bestemmelsen er en videreføring av § 32 i den tidligere privatskoleloven.⁵⁵ Ordlyden retter seg ikke mot personalet direkte, slik for eksempel reglene om opplysningsplikt i § 7-4 gjør. Språklig kan det se ut til at loven sonderer mellom friskolens virksomhet som er behandling av saker etter loven og annen virksomhet. En slik sondring innebærer at man må ta stilling til om en fortrolig opplysning er tilkommet friskolen som ledd i saksbehandling etter friskoleloven, eller på annen måte. Dersom friskolen som ledd i sin innkjøpsvirksomhet eller i forbindelse med annen kulturell eller vitenskaplig virksomhet enn undervisning får tilgang på sensitive opplysninger, er denne delen av virksomheten ikke underlagt reglene om taushetsplikt. Det bærende hensyn bak regelen er å beskytte private interesser i forhold til friskolen, som er i en posisjon der personalet får tilgang til private og sensitive opplysninger om elevene. Meningen er å gi elever og foreldre den samme beskyttelsen som gjelder i den offentlige skolen. Dette kan tale for at § 7-3 gir anvisning på en funksjonell avgrensning for å bestemme om reglene om taushetsplikt gjelder. Det er ikke noe forbud mot at et selskap som driver friskoler ikke også driver annen økonomisk eller kulturell aktivitet, så lenge de offentlige tilskuddene og egenandelene kommer elevene til gode og ikke representerer uforsvarlig drift, jfr. §§ 4-1 og 6-2. I den grad skolen er del av et selskap som også driver annen virksomhet, vil bare den delen av selskapet som driver friskolevirksomhet være underlagt reglene om taushetsplikt. En slik funksjonell avgrensning søker å gi taushetspliktsreglene anvendelse bare så langt begrunnelsen strekker seg, for å sikre at ikke den friskoletjenesten påfører enheten

⁵⁵ Ot.prp.nr. 33 (2002-2003) s. 66

byrder ved utøvelsen av andre funksjoner. Det samme ville neppe fulgt av en generell henvisning til reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven, dvs. at reglene blir gjort gjeldende for hele virksomheten. I det tilfelle, vil taushetsplikten omfatte opplysninger som personalet får vite om i forbindelse med tjenesten eller arbeidet for friskolen. Dermed ville også annen aktivitet enn selve skoledriften være omfattet, så lenge det er tale om arbeidsforhold i motsetning til fritid. Slik er reguleringen for barnehager, jfr. bhl. § 21, hvoretter taushetsplikt gjelder for virksomheter etter loven. Uten at det er begrunnet i forarbeidene er det valgt en funksjonell avgrensningsmodell for taushetspliktreglene for friskoler. Modellen sikrer at reglene beskytter elevenes og foreldrenes interesser på samme måte som i den offentlige skolen. Samtidig blir ikke friskolene omformet til semi-forvaltningsorganer med tilsvarende krav til informasjonssikkerhet i alle relasjoner som i offentlig sektor.

6.3 Habilitet

Friskoleloven har ingen bestemmelse som gjør forvaltningslovens habilitetregler gjeldende for friskolens ledelse. En spesiell regel gjelder disponeringen av det offentlige tilskuddet og skolepengene, jfr. § 6-2. Bestemmelsens første ledd første punktum fastslår hovedregelen om at alle driftstilskudd og egenandeler fra elevene skal komme elevene til gode. For sektoren gjelder et generelt prinsipp som forbyr kommersielle skoler. Prinsippet er gitt to særlige eksemplifiseringer i litra a) og b). Det følger av første ledd litra a) at skolen ikke kan gi utbytte eller annet overskudd til eierne eller deres nærstående. Etter litra b) kan ikke skolen pådra seg kostnader i form av leieinntekter for eiendom eller lokaler som tilhører skolens eiere eller deres nærstående. Bestemmelsen i litra b) forbyr videre skolen å pådra seg kostnader som kan innebære at ikke alle offentlige tilskudd eller elevenes egenandeler kommer elevene til gode. I sin opprinnelige utforming begrenset § 6-2 seg til å fastslå prinsippet om at tilskudd og skolepenger skal komme elevene til gode, og til å gi hjemmel for skolen til å kreve inn

skolepenger. Bestemmelsene i litra a) og b) ble tatt med ved lovendring 2003 nr. 85. Eksemplifiseringen er begrunnet med hensynet til forutsigbarhet og rettssikkerhet, og departementet ønsket at lovteksten klarest mulig angir hva som er ulovlig bruk av tilskudd og egenandeler.⁵⁶ Ved at forbudet presiseres og utdypes i lovteksten, blir det enklere for departementet som tilsynsmyndighet å gripe inn mot ulovlige disposisjoner.

I relasjon til spørsmålet om habilitetsregler for friskolene er det særlig litra b) som er interessant. Bestemmelsen stiller opp to forbud. Den siste regelen forbyr ledelsen å pådra seg utgifter som kan innebære at tilskuddene eller elevengeandelene ikke kommer elevene til gode. Regelen er et utslag av det generelle prinsippet for friskolenes virksomhet som også er fastsatt i § 5-2 annet ledd litra g). Dette er en streng regel, og retter seg mot økonomiske disposisjoner fra styrets side. Det skal antagelig ikke mye til for at en utgift ”kan innebære” at midler ikke kommer elevene til gode. Dersom en utgift pådras i et kontraktsforhold til en av ledelsens nærstående, vil forholdet i seg selv kunne tale for at utgiften kan innebære at midlene ikke kommer elevene til gode. Denne regelen innebærer likevel at man må underkaste den enkelte disposisjon en vurdering for å fastslå om lovens vilkår er oppfylt. For eksempel vil en avgjørelse om å tildele en kontrakt til en av ledelsens nærstående ikke nødvendigvis oppfylle vilkåret.

Den første regelen i litra b) forbyr skolen å pådra seg kostnader i form av leieutgifter for fast eiendom som tilhører skolens eiere eller deres nærstående. Regelen bygger på et skille mellom skolen og eiere. Styret velges av eierne, jfr. § 5-1 første ledd. I hvilken grad eierne selv sitter i styret vil trolig kunne variere, men det må legges til grunn at slik representasjon er hovedregelen. Uansett innebærer litra b) et kontraheringsforbud for leieavtaler mot vederlag mellom skolen og eiere. Slike avtaler er definert som disposisjoner som ikke kommer elevene til gode. Dersom det legges til grunn at eierne

⁵⁶ Ot.prp.nr. 80 (2002-2003) kap. 9.5

sitter i styret, vil regelen representere et forbud mot en bestemt kombinasjon av roller. Dette er en rent formell og objektiv regel som forbyr visse rollekombinasjoner for skolens ledelse og eierskap, og kan derfor sammenlignes med habilitetsreglene i fvl. § 6. Det stilles ikke krav om at leieavtalen er inngått med hensikt å stikke unna midler for å begunstige eieren eller dennes nærstående. Forskjellen fra fvl. § 6 er at friskol. § 6-2 retter seg mot disposisjoner som pådrar skolen utgifter, ikke mot personene som sitter i styret og som skal fatte en avgjørelse. Den begrenser seg til leieutgifter for fast eiendom, mens andre interessekonflikter også kan tenkes. Regelen løser ikke spørsmålet om leie av øvrige styremedlemmenes eiendom, eller anskaffelser av løsøre og tjenester fra styrets medlemmer eller nærstående. På den annen side er regelen en presisering av en generell hovedregel, og alle typer tvilsomme disposisjoner vil kunne omfattes etter en nærmere vurdering. Dersom habilitetsreglene i forvaltningsloven hadde vært gjeldende for styret ved friskolene, ville et styremedlem som også selv er utleier av lokaler til skolen være inhabil ved behandling av saker om inngåelse, endringer eller opphør av leieforholdet. Reglene gjelder for enkelte forvaltningssaker, og vil ikke permanent utelukke medlemsskap i et styre selv om organet står i et kontraktsforhold til personen. Personen vil være avskåret fra å delta i forberedelse og avgjørelse av saker som vedrører kontraktsforholdet. Slik sett kan man si at friskoleloven går lenger enn forvaltningsloven. Ettersom forbudet i friskol. § 6-2 gjelder skolens forhold til sine eiere, kan det være vanskelig å sammenligne reglene med habilitetsreglene. Offentlige skoler har ikke personer som kan karakteriseres som eiere. Til tross for visse likhetspunkter er det også viktige ulikheter mellom de generelle habilitetsreglene og regelen i friskol. § 6-2.

Bestemmelsen i § 6-2 har sin parallell i de danske reglene for friskoler. Etter disse reglene kan ikke styret bestå av personer som leier ut eiendom til skolen. Heller ikke kan medlemmer, rådgivere for eller ansatte i ledende stillingar i fond, foreninger,

selskaper el. som leier ut lokale til skolen være styremedlemmer.⁵⁷ Disse reglene er utformet som forbud mot visse personer som medlemmer i styret. De utelukker ikke direkte at skolen leier eiendom av eierne, så lenge ikke disse sitter i styret. Reglene bygger på at eierskap alltid vil innebære representasjon i styret. En slik regel retter seg mot personer og ikke disposisjoner, og ligner derfor mer på habilitetsreglene i forvaltningsloven.

Det finnes videre en rekke materielle regler for styrets virksomhet som vil kunne få betydning ved spørsmål om rollekonflikter og habilitetsregler. Hovedregelen er at den faglige og administrative ledelsen skal være forsvarlig, jfr. § 4-1. Det øverste ansvarlige organ for friskolen er styret, jfr. § 5-1, og styret har ansvaret for at skolen drives i samsvar med gjeldende lover, jfr. § 5-2 første ledd. Dette er regler som vil kunne overtreddes dersom styret for eksempel ved sine avtaleinngåelser faktisk favoriserer egne eller nærstående selskaper. En viktig mekanisme i loven som kan sikre mot rollekonflikter er at en representant oppnevnt av vertskommunen har rett til å være til stede på styremøtene, jfr. § 5-1 første ledd tredje punktum. Her vil også departementets tilsyn spille en viss rolle, jfr. § 7-2. I medhold av § 7-1 er det fastsatt en forskrift om budsjett, regnskap og revisjon for friskoler.⁵⁸ Her fastsettes at skolen årlig må sende regnskap, årsoppgjør og revisjonsmelding til departementet, jfr. §§ 3 og 12. Friskolen kan underkastes kontroll vedrørende elevgrunnlaget for tilskuddene, om tilskuddene er brukt etter forutsetningene, herunder kreve å få se regnskapsvedlegg, dokumentasjon som underbygger årsoppgjøret så som kontrakter, fraværsprotokoll mm. Slike mekanismer kan til en viss grad gjøre habilitetsregler overflødige.

⁵⁷ Ot.prp.nr. 33 (2002-2003) s. 11

⁵⁸ Forskrift av 25. sept. 2003 nr. 1182

6.4 Offentlighet

For friskolene gjelder ingen regler om offentlighet. Her som i de øvrige sektorene gjelder en ordning der departementet fører tilsyn med godkjente skoler, jfr. § 7-2.

Korrespondanse, henstillinger og pålegg som foreligger hos departementet i forbindelse med tilsynsoppgavene vil være offentlige, jfr. offl. § 2. Det samme vil gjelde for dokumenter knyttet til godkjenningen, jfr. § 2-1. Gjennom disse systemene vil viktige opplysninger om friskolen foreligge hos forvaltningen. Dette er imidlertid ikke vesensforskjellig fra hva som vil gjelde for alle private som i ulike ledd av sin virksomhet trenger godkjenninger og underkastes tilsyn fra forvaltningen. Dette er noe annet enn at skolene selv er pålagt å følge offentlighetsreglene.

6.5 Enkeltvedtak

På grunnskolenivå er det to typer avgjørelser fra skolens side som representerer enkeltvedtak etter friskoleloven; inntak etter § 3-1 og bortvisning etter § 3-10.

Avgjørelse om inntak i friskole er enkeltvedtak som skolen fatter i samsvar med reglementet, jfr. § 3-1 sjette ledd. Etter fvl. § 1 tredje punktum innebærer det at hele forvaltningsloven får anvendelse på denne delen av skolens virksomhet. Samtidig vil også reglene om innsyn etter offentlighetsloven få anvendelse. For avgjørelsen gjelder da habilitetsregler, taushetsplikt, veiledningsplikt, avgjørelse uten ugrunnet opphold, forhåndsvarsling, utredningsplikt, partsinnsyn, skriftlighetskrav, begrunnelse og klage. Departementet er klageinstans, jfr. femte ledd. Dersom eleven blir tatt inn, skal det sendes melding til henholdsvis kommune og fylkeskommune, jfr. fjerde ledd.

I ordensreglementet kan skolen fastsette at gjentatte overtredelser av reglene kan møtes med bortvisning, jfr. § 3-10 første ledd. Avgjørelse om bortvisning er enkeltvedtak, jfr. femte ledd. Foruten forvaltningslovens regler gjelder enkelte særbestemmelser i § 3-10. Daglig leder har kompetanse til å bortvise først etter å ha rådført seg med elevens lærere og elevens foreldre skal underrettes, jfr. første ledd. Som for inntak gjelder reglene om habilitet, taushetsplikt, tidsfrister, forhåndsvarsling, skriftlighet, begrunnelse og klage.

Til forskjell fra de private barnehagene har man her definert to avgjørelser hos den private tjenestetilbyderen som enkeltvedtak. Inntak i en privat organisasjon er i utgangspunktet ikke enkeltvedtak, selv om organisasjonen driver med statsstøtte. Et avgjørende hensyn for å anse inntaket som enkeltvedtak, er at grunnskolegang er en rett

og en plikt for det enkelte barn. Avgjørelse som berører en slik posisjon er i kjerneområdet for forvaltningens myndighetsutøvelse. Når det gjelder bortvisningsavgjørelsen foreligger et pønalt element som gir behov for rettssikkerhetsgarantier for barnet og familien. Det er også sentralt at skolegangen er en rettighet som blir berørt ved at man stenges ute, om enn for kort tid, fra undervisningen.

7 Private omsorgsboliger

7.1 Innledning

Lov om sosiale tjenester av 13. desember 1991 nr. 81 (sotjl) § 4-2 litra d jfr. § 7-5 første ledd fastsetter at kommunen har ansvar for planlegging, etablering og drift av heldøgns omsorgstjenester for eldre og funksjonshemmede. Som ledd i realiseringen av ansvaret kan kommunen inngå avtale med private eiere av heldøgns omsorgsboliger om at kommunen skal disponere plasser i disse, jfr. § 7-5 tredje ledd. Den private virksomheten blir da del av kommunens plan for heldøgns omsorgstjenester. Avtalen mellom sosialtjenesten og den private enheten innebærer at kommunen dekker driftsutgiftene knyttet til plassene, jfr. sotjl. § 7-5 fjerde ledd. Forarbeidene til sosialtjenesteloven understreker at det bør være adgang til å innpasse private institusjoner i kommunale planer ved samarbeidsavtaler.⁵⁹ Forutsetningen er at arbeidet skal skje på samme grunnlag som for offentlige institusjoner, med samme krav til faglig standard, tilsyn og kontroll, og med uendrede rettigheter for brukerne. Lovens § 2-2 fastsetter at de som yter sosialtjenester etter avtale med kommunen er underlagt lovens regler vedrørende innhold og brukerens rettigheter, og § 8-2 første ledd bestemmer at forvaltningsloven gjelder i klientsaker for private boliger med heldøgns

⁵⁹ NOU 1985: 18 s. 64

omsorgstjenester som er inntatt i kommunens plan. Loven gir også regler om private boliger med heldøgns omsorgstjenester som ikke er innpasset i kommunens plan, jfr. § 7-10. Disse såkalte frittstående tiltakene får også ofte refundert driftsutgiftene av kommunen, men står i et friere forhold til kommunen.⁶⁰ Jeg behandler kun boligene som er inntatt i kommunens plan.

7.2 Taushetsplikt

Taushetsplikt for ansatte i sosialtjenesten er regulert i sotjl. § 8-8. Taushetsplikten går i materiell forstand lenger enn forvaltningsloven, ettersom den omfatter all brukerinformasjon, også nøytrale opplysninger som fødested, fødselsdato, personnummer m.m. som er unntatt etter fvl. § 13 annet ledd, jfr. § 8-8 annet ledd. Taushetsplikten gjelder for enhver som utfører tjeneste eller arbeid for sosialtjenesten eller en institusjon etter sosialtjenesteloven. Det første spørsmål er om ”institusjon etter denne loven” omfatter private institusjoner og boliger som er regulert i loven. Når det gjelder private boliger med heldøgns omsorgstjenester som er inkludert i kommunens plan, er spørsmålet løst i § 8-2. Etter denne bestemmelsen gjelder hele forvaltningsloven for institusjonen i alle klientsaker. Loven gir imidlertid også regler for private institusjoner som ikke er inkludert i kommunens plan, og det fremkommer ikke klart om disse er omfattet av reglene om taushetsplikt i § 8-8. I den grad de ansatte er helsepersonell, vil taushetsplikt følge av hpl. § 21. På bakgrunn av at reglene om taushetsplikt skal sikre privates interesser og behovet for en uhemmet kommunikasjon mellom brukere og tjenesteytere, er det mest nærliggende at også de private institusjonene uten avtale eller funksjoner i kommunens plan er omfattet av § 8-8. Det er ingen relevante forskjeller mellom private institusjoner innenfor eller utenfor kommunens plan i relasjon til privates behov for informasjonssikkerhet. Dersom § 8-8 bare rettet seg mot de offentlige tjenesteyterne, ville den dessuten strengt tatt være

⁶⁰ Ot.prp.nr.29 (1990-1991) s. 107

unødvendig ettersom disse allerede er omfattet av fvl. § 13 flg. Den eneste betydningen ville da ligge i den materielle utvidelsen i annet ledd. For de private boligene med heldøgns omsorgstjenester som er inkludert i kommunens plan, følger taushetsplikt både av § 8-8 og av § 8-2, ettersom begge henviser til forvaltningsloven. Når det gjelder spørsmålet om de materielle grensene for taushetsplikten, følger det av § 8-2 jfr. § 8-1 at forvaltningsloven gjelder med de særreguleringer som følger av sosialtjenesteloven. Dette betyr at taushetsplikten også omfatter de nøytrale personopplysningene, jfr. § 8-8 annet ledd. Bakgrunnen for bestemmelsen i § 8-2 var at man ønsket å unngå en fragmentert og uklar rettstilstand der man måtte sondre mellom avgjørelser som er enkeltvedtak og avgjørelser som ikke er enkeltvedtak.⁶¹ Dette er en nødvendig operasjon for å avgjøre om forvaltningsloven får anvendelse på private etter § 1 tredje punkum. Innen helse- og omsorgssektoren har det tidligere vært svært uklart hvilke avgjørelser som er enkeltvedtak. Likevel har bestemmelsen i lys av § 8-8 ikke veldig stor betydning. Reglene om enkeltvedtak vil i svært liten grad være aktuelle, og det vil drøftes nærmere nedenfor. Taushetsplikt er som sagt regulert utførlig i § 8-8. Den reelle betydningen av § 8-2 ligger da i de øvrige alminnelige reglene om habilitet, veiledningsplikt, saksbehandlingstid og retten til å la seg representere.

7.3 Habilitet

Forvaltningslovens habilitetsregler vil bare gjelde for den private omsorgsboligen i klientsaker, jfr. § 8-2. Dette markerer en avgrensning mot andre deler av enhetens virksomhet. Etter forarbeidene skal kriteriet særlig avgrense mot personalsaker.⁶² Spørsmål om habilitet vil også kunne være aktuelt ved avtaleinngåelser. Disse funksjonene vil kunne utøves ubundet av forvaltningsrettslige regler.

⁶¹ NOU 1985: 18 s. 275

⁶² Ot.prp.nr.29 (1990-1991) s. 118

7.4 Offentlighet

Private omsorgsboliger er ikke omfattet av offentlighetsloven. Her som i andre tjenesteytende sektorer vil størsteparten av den foreliggende informasjonen hos enhetene vedrøre private klientforhold som er underlagt taushetsplikt. Kommunens internkontroll etter § 2-1 og fylkesmannens kontroll etter § 2-6 vil innebære at mye relevant materiale vil være offentlige dokumenter hos kontrollorganene.⁶³

7.5 Enkeltvedtak

Avgjørelse om tildeling av plass i privat omsorgsbolig er et enkeltvedtak, jfr. § 8-1 annet ledd. Regelen løser et tidligere omdiskutert forvaltningsrettslig spørsmål, nemlig om tildeling av naturalytelser innen sosialtjenesten er enkeltvedtak.⁶⁴

Sosialtjenesteloven forutsetter at vedtak om tildeling av plass og utskrivning fra privat heldøgns omsorgsbolig skal fattes av kommunen, og at den private institusjonen ikke kan motsette seg å ta imot brukeren, jfr. § 7-6 første ledd.⁶⁵ Loven bygger således på et skille mellom kommunen som forvalter, vedtaksmyndighet og finansierer, og den private tjenestetilbyderen som ren tjenesteprodusent. Systemet tilsvarer den såkalte bestiller-utførermodellen som brukes på andre kommunale sektorer.⁶⁶ Det er ikke aktuelt at den private boligenheten selv avgjør å tildele plass.⁶⁷ Spørsmålet om tvangsbruk i private omsorgsboliger reguleres av to regelsett. Kap. 4a i sotjl. regulerer bruk av tvang overfor personer med psykisk utviklingshemming blant annet som ledd i driften av boliger med heldøgns omsorgstjenester, jfr. § 4a-2 første ledd. Disse reglene vil gjelde uavkortet for en privat omsorgsbolig, jfr. § 7-11 tredje ledd litra b). Dette betyr at institusjonen er underlagt strenge saksbehandlingsregler og at avgjørelsen kan

⁶³ Ot.prp.nr.62 (2000-2001) pkt. 4.3

⁶⁴ Smith 1984

⁶⁵ Syse 1997

⁶⁶ Bestiller- og utførerorganisering i pleie- og omsorgssektoren – en veileder. KS 2004

⁶⁷ Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) s. 101

påklages, jfr. § 4a-7 flg. Etter § 7-11 fjerde ledd kan Kongen gi forskrifter om bruk av tvangsmidler, urinprøvetaking og disponering av beboernes midler under opphold i bolig. Av forskrift til lov om sosiale tjenester av 4. desember 1992 nr. 915 følger to viktige tvangshjemler for omsorgsboliger, tvang i nødssituasjoner og tvungen disponering av beboernes midler, jfr. § 6-3. Etter § 6-3 skal hovedansvarlig for boligen disponere beboerens kontantytelser dersom denne ikke selv er i stand til å disponere midlene. Kompetansen er fulgt av egne saksbehandlingsregler i sotjl. § 8-4 og forskriften § 6-3 flg. Bestemmelsene gir eksempler på ad hoc-regulering av private som har tvangsmyndighet.

8 Hensyn

Jeg vil her drøfte hvilke hensyn som taler for og imot at reglene om taushetsplikt, habilitet og offentlighet bør gjelde for private som utfører tjenesteoppgaver for forvaltningen. Som vi har sett er det ganske vanlig at private tjenesteytere underlegges forvaltningsrettslig taushetsplikt. Vi har underveis sett på de sentrale begrunnelsene for dette; behovet for at brukerne oppgir rett informasjon, tillitshensyn og personvern. I dette kapitlet vil jeg se på hvilke hensyn som kan tale for at habilitets- og offentlighetsreglene bør gjelde for private tjenesteutøvere.

8.1 Habilitet

Problemstillingen er om private tjenesteytere bør underlegges de samme habilitetsreglene som gjelder i forvaltningen. Reglene er utslag av et grunnleggende lojalitetsprinsipp for tjenestemenn og skal sikre forsvarlig saksbehandling, upartiskhet, saklighet og publikums tillit til forvaltningen.⁶⁸ Allerede ved formålsangivelsen er det

⁶⁸ Graver 2002 s. 316

vanskelig å se at reglene skal kunne gis anvendelse utenfor forvaltningen. Reglene har ikke til formål å sikre at private enheter driver forsvarlig saksbehandling eller at publikum har tillit til selskaper. Dette skal i prinsippet sikres av andre regler og mekanismer. Selskapers dårlige saksbehandling og manglende tillit i markedet avspeiles i selskapets verdi eller produktets omsetning. Individuell rettferdighet mellom selger og forbruker i markedet sikres gjennom preseptorisk kontraktslovgivning. Habilitetsreglene knytter seg til at tjenestemenn i forvaltningen opererer på vegne av fellesskapet og disponerer fellesskapets ressurser. Jeg holder meg til habilitetsspørsmål knyttet til personalforvaltning og avtaleinngåelser.

For avtaleinngåelser er saklighet og nøytralitet vedrørende bruk av offentlige ressurser et dominerende hensyn for habilitetsreglene i forvaltningen. Reglene skal motvirke at tjenestemenn bruker offentlige midler til urettmessig å berike seg selv eller nærstående gjennom avtaleinngåelser eller andre disposisjoner. Dessuten skal publikum i alle tilfelle ikke gis grunn til å mistenke at urettmessig ressursbruk finner sted. I den grad private er satt i posisjoner der de disponerer offentlige midler på vegne av forvaltningen, ved vedtak eller avtaler, vil det samme behovet for saklighet og tillit gjøre seg gjeldende. Der private disponerer offentlige ressurser på vegne av forvaltningen vil det derfor kunne argumenteres for at habilitetsreglene bør gjelde. Hensynet tar utgangspunkt i situasjonen der offentlige midler på forskjellig vis overlates til private for å disponeres etter mer eller mindre klare kriterier. Problemet med dette hensynet er at det kan være vanskelig å avgjøre om en privat disponerer offentlige midler, eller om denne disponerer egne midler som er tilkommet som offentlige tilskudd eller avtalevederlag fra forvaltningen. Hypotesen er at den private i det første tilfelle bør underlegges habilitetsregler, mens han i det andre tilfellet bør stå fritt. Jeg vil se på noen tilfeller. Det er i prinsippet liten forskjell mellom situasjonen der en kommune selv inngår en avtale om utbygging, eller der kommunen gir et privat selskap oppdrag og

midler til å inngå samme avtale med utbyggeren på vegne av kommunen. I begge tilfeller anvendes offentlige midler og kommunen er avtalepart. Etter fvl. § 10 gjelder habilitetsreglene for ansatte i et slikt selskap i kraft av at de utfører arbeid eller tjeneste for forvaltningen. I denne kategorien finner vi også Landsrådet for norske barne- og ungdomsorganisasjoner, en paraplyorganisasjon som fordeler offentlig støtte til de enkelte organisasjonene.⁶⁹ Uavhengig av hvilke regler som faktisk gjelder i kraft av tildelingsmeddelelse el. fra departementet, kan det klart hevdes at habilitetshensyn gjør seg gjeldende i en slik situasjon. Oppdraget er gitt fordi LNU har større nærhet til sektoren, bredere spesial- og lokalkunnskap om forholdene, det avlaster forvaltningen og reduserer utgiftene. Det er tale om direkte fordeling av offentlige midler etter visse kriterier. På den annen side har vi situasjonene der forvaltningen inngår avtale om vare- eller tjenestekjøp. Å stille habilitetskrav til den privates anvendelse av vederlaget, er absurd. På samme måte kan ulike typer støttemottageres bruk av offentlig støtte ikke karakteriseres som fordeling av offentlige midler. Det kan være tale om støtte til innovasjon, nyetablering av næringsvirksomhet eller kulturprosjekter. Slike disposisjoner kan være bundet av vilkår og forutsetninger, men representerer ikke disponering av offentlige ressurser i vår forstand. Mottagerne står i prinsippet fritt til å velge prosedyrer og medkontrahenter, og habilitetshensynene gjør seg ikke gjeldende. Mellom disse tilfellene har vi vår gruppe private tjenesteytere som ikke er enkle å plassere i skjemaet. Friskoler og private barnehager mottar støtte for å sørge for bestemte tjenester. Støtten er beregnet etter antallet tilsluttede barn. Disse midlene er knyttet til bestemte formål og underlagt visse kvalitative krav, for eksempel krav om forsvarlig bruk. Som ledd i enhetens drift må det inngås en rekke avtaler, for eksempel avtaler om levering av skolebøker, serveringstjenester og arbeidskontrakter. Her er spørsmålet om slike avtaleinngåelser representerer disponering av offentlige ressurser

⁶⁹ JDLOV-2004-1452. Saken gjaldt spørsmålet om fordelingsavgjørelsen representerer myndighetsutøvelse.

slik at habilitetshensynene gjør seg gjeldende. Avtalene inngås ikke på vegne av kommunen eller staten. På den ene siden taler tjenestefunksjonen for at enhetene disponerer offentlige resurser og bør følge habilitetsreglene. Tjenestefunksjonen skiller denne støtten fra annen type støtte til frivillige og kulturelle organisasjoner som ikke skal sørge for bestemte tjenester. Enhetene representerer deler av et helhetlig offentlig finansiert tjenestetilbud, noe som taler for at bruken av de tildelte pengene bør underlegges de samme reglene som de offentlige aktørene er underlagt, herunder habilitetsreglene. På den andre siden taler enhetenes autonomi for at de tildelte midlene tilhører enheten og at bruken er et internt og privat anliggende, ikke disponering av offentlige ressurser. Både for friskoler og private barnehager er et formål for ordningene å gi mulighet for mer effektiv ressursutnyttelse, foruten å sørge for et mangfoldig tilbud. Dette kan tale for at tilskuddene tildeles under forutsetning av en størst mulig grad av frihet, og at den nærmere anvendelsen ikke representerer bruk av offentlige midler i vår forstand. Bruken blir skolens sak og evt. problem. Etter min mening er det mest naturlig å si at enhetene disponerer egne midler, og ikke offentlige ressurser. Konklusjonen er ikke av stor rettslig betydning, for det knyttes ikke direkte rettsvirkninger til om en privat disponerer offentlige midler eller ikke. Gjennomgangen viser at det er vanskelig å angi om private tjenesteytere disponerer offentlige ressurser eller egne midler, derfor er det vanskelig å bruke et slikt kriterium som begrunnelse for at habilitetsreglene bør gjelde. Jeg må derfor konkludere med at hensynet til bruk av offentlige ressurser ikke gir noen klar indikasjon på hvilke private tjenesteytere som bør omfattes av habilitetsreglene.

Et hensyn mot anvendelse av habilitetsregler på private tjenesteytere er at mange av enhetene er små virksomheter. Dersom disse skulle underlegges habilitetsregler ved sine avtaleinngåelser, ville det by på praktiske problemer. Dette forholdet taler mot at private tjenesteytere bør underlegges habilitetsregler. Små virksomheter mangler bemanning til

å sørge for at en inhabil beslutningstager kan overlate oppgaven til en annen. For eksempel er ca 547 av de 1377 medlemsbarnehager i Private Barnehagers Landsforbunds er små barnehager med færre enn fem ansatte.⁷⁰ Dette gjør også at de økonomiske verdiene er forholdsvis beskjedne og at derfor mulighetene for misbruk og usaklighet er mindre. Foruten vanskelighetene, vil en slik intern overføring av beslutningskompetanse lett fremstå som rent illusorisk. Dersom daglig leder er inhabil, vil oppgaven måtte overlates til en underordnet. Det er ikke vanskelig å tenke seg at en slik prosedyre kan bli en rent formell sak, og at tillitshensynet ikke egentlig realiseres. På den annen side kan det sies at det finnes små forvaltningsorganer som i praksis er i samme sted. For disse gjelder imidlertid at de alltid vil være del av et hierarki, der overordnede organer vil kunne bistå med personale eller rådgivning. Annerledes stiller det seg med større klinikkjeder innen den private helsesektoren. Der kan man lettere se et behov for å pålegge habilitetsregler, også fordi de offentlige ressursene som tildeles er større.

Private tjenesteytere driver ofte i konkurranse i et marked, og det taler mot anvendelse av habilitetsreglene. De praktiske ulempene som er nevnt ovenfor, vil ha konsekvenser for konkurranseevnen for virksomheten. Dersom selskapet før en avtaleinngåelse må undersøke om habilitetsreglene er aktuelle og evt. finne en personalerstatning før beslutningen treffes, stiller selskapet dårligere og tregere enn konkurrentene i markedet. Konkurrans hensynet gjør seg ikke alltid gjeldende, ettersom flere av våre eksempler gjelder virksomheter som ikke driver kommersielt, for eksempel friskolene. Dersom selskapet driver blandet virksomhet, vil habilitetsreglene kunne begrenses materielt til oppgavene for forvaltningen. Dette vil igjen kunne innebære krav til å organisere virksomheten i ulike avdelinger, krav som også vil kunne hemme konkurranseevnen.

⁷⁰ Ot.prp.nr. 72 (2004-2005) s. 85

Habilitetsreglene i forvaltningen er også begrunnet i et økonomisk effektivitetshensyn. Et siktemål er å fjerne tjenestemenn fra avtalesituasjoner der hans egne eller nærståendes interesser berøres av en forvaltningsdisposisjon for å sikre seg mot muligheten for en økonomisk ineffektiv avgjørelse. Effektivitetshensynet bygger på at forvaltningsvirksomhet grunnleggende og tradisjonelt er styrt av andre motiver og mekanismer enn det private næringsliv. Utgangspunktet er at avtalen er et instrument for private aktører i et marked. Hele virksomheten i markedet er innrettet på profittmaksimering, og ideelt vil alle aktører være rettet mot det samme målet. Derfor vil enhver person som skal ta avgjørelser om kontrakter i prinsippet velge den mest effektive løsningen. En privat virksomhet vil intuitivt og automatisk velge den avtalepartneren som er mest lønnsom. I den grad dette ikke skjer, vil virksomheten gå under i konkurransen. Disse mekanismene mangler i forvaltningen, fordi den ofte befinner seg i en monopolsituasjon og at organene har til oppgave å ivareta bestemte fellesskapshensyn, og ikke profittmaksimering. Derfor innebærer forvaltningens avtaleinngåelser en større fare for økonomisk ineffektive løsninger. Tjenestemannens tilværelse og arbeidsplass er ikke betinget av profitten eller lønnsomheten ved en avtaleinngåelse. Fordi man ikke har markedsmekanismen som styrer og sørger for rasjonelle avgjørelser i forvaltningen, må man sikre seg ved å pålegge tjenestemenn strenge prosessuelle regler for å sikre effektive løsninger ved kontraktsinngåelser. Her er anskaffelsesreglene iøyenfallende. Forvaltningen må tvinges med regler til å tenke som private markedsaktører, fordi de samme incitamentene ikke eksisterer i det offentlige sektors struktur, ideologi og logikk. Dette er en årsak til at det ikke nødvendigvis er behov for å pålegge private skoler etc. regler om habilitet. Markedsmekanismen vil ideelt sett sørge for det samme resultatet.

Argumentasjonen overfor bygger på en svært forenklet modell for skillet mellom offentlige og private virksomheter. Modellen har klare svakheter i to retninger. For det første i relasjon til private i monopolsituasjoner, for det andre fordi dagens forvaltning preges av en omfattende tendens til modernisering, effektivisering og autonomisering av forvaltningsorganene. Private i monopolsituasjoner vil ikke ha konkurransen som stimulans for effektive løsninger i alle ledd. Slike posisjoner er paradoksalt på samme tid en målsetting og en anomali for aktører i et kapitalistisk markedssystem. Jo mer et selskap vokser, desto mer nærmer det seg enerådende status i markedet, og desto svakere virker konkurransen som incitament. Dermed trygges virksomhetens eksistens

og da svekkes motivasjonen for den enkelte funksjonær til å sørge for forsvarlige og lojale disposisjoner. Disse momentene gjør at markedsmekanismer og –logikk ikke nødvendigvis gjør at habilitetsregler er unødvendig for private aktører som sådan. Dette får spesiell betydning ved privatisering, fordi de private da ofte settes i monopolposisjoner. For det andre er det tradisjonelle skillet mellom offentlig og privat institusjonell tenkemåte utfordret og endret ved en økt tilbøyelighet til å innføre markedsteknikker og -organisasjonsformer innad i forvaltningen. Siktemålet er å forbedre produktiviteten og øke offentlige virksomheters effektivitet.⁷¹ Blant tiltakene finner man for eksempel utskilling av statlige virksomheter til selvstendige rettssubjekter og økt forretningsmessig handlefrihet for forvaltningsorganer etter særskilte fullmakter.⁷² I den grad markedets logikk er innført i forvaltningen skulle det ikke være behov for egne habilitetsregler. Dette viser at markedsgargumentasjonen i forhold til habilitetsregler er forenklet og problematisk. Friskolene er et eksempel på en virksomhet som er avhengig av elever som velger skolen fordi den har et godt rykte. Dette gjelder ikke bare de læremessige forhold, men også hvordan styret og skolen opererer generelt. Det er en markedsmekanisme som leder elevene til eller fra friskolen. Ineffektive kontraktsinngåelser vil i siste instans gå ut over kjernevirksomheten som er undervisningstilbudet, derfor trenger man kanskje ikke å pålegge friskolene habilitetsregler slik som kommunale skoler. Problemet er at det er en rekke faktorer som skiller virksomheter i ”privatiserte” sektorer fra virksomheter i et tradisjonelt og fungerende marked. For eksempel er friskolene avskåret fra å ta utbytte jfr. friskol. § 7-2. Generelt gjelder at inntektene er basert på faste takster fastsatt av myndighetene. Dette gir inntektene en flat struktur som skiller virksomheten fra virksomheter i markedet. Uansett ledelsens bestrebelser, vil ikke inntektene øke på samme måte som i markedet. Det er begrenset potensiale for utvidelser av virksomheten. Dessuten er

⁷¹ Styring og styringsformer i offentlig virksomhet s. 2

⁷² En veileder ved utskilling av virksomhet fra staten s. 11

prisen fastsatt i loven og av forvaltningen, og vil ikke variere som i et marked. Dette gjør enhetene til hybrider som mangler vesentlige forutsetninger for virksom markedsorientert drift. Et eksempel på slike problemer fremkommer i saken om Nedre Romerike Vannverk, et offentlig eid selskap, der det ble avdekket at de ansvarlige hadde favorisert nærstående ved kontraktsinngåelser.⁷³ På bakgrunn av dette er det tvilsomt om markedsmekanismene for private som utfører offentlige tjenester gjør at habilitetsregler er helt overflødig.

Også innenfor en større privat virksomhet vil det eksistere muligheter for interessekonflikter mellom en enkelt agent og selskapets mål. I lys av denne problemstillingen er det ikke uvanlig at større private selskaper etablerer egne regler for å forhindre korrupsjon og rollekonflikter. Aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44 § 6-17 fastsetter forbud for selskapsansatte mot å motta godtgjørelse fra andre enn selskapet i anledning arbeid for selskapet.⁷⁴ Dette kan vise at markedsmekanismene ikke nødvendigvis virker optimalt inn i enhver privat funksjonærs virkemåte. Reglene vil også kunne komme til uttrykk i interne vedtekter og instruksjoner, og overtredelsene vil lede til arbeidsrettslige reaksjoner. Den kontraktsrettslige og arbeidsrettslige reguleringen av illojale disposisjoner på vegne av en privat arbeidsgiver kan ikke behandles nærmere her. Det er tilstrekkelig å vise til at markedsmekanismene kan ha en begrenset faktisk virkning på den enkelte funksjonær. Dette svekker argumentet om at markedet i seg selv vil gjøre at private tjenesteytere ikke behøver å underlegges habilitetsreglene. Var dette tilfellet, ville heller ikke private selskaper trenge å etablere regler mot korrupsjon etc.

⁷³ Aftenposten 20.09.2005. Saken gjelder et offentlig eid selskap og omgåelse av anskaffelsesreglene, men belyser at markedstilpasning ikke automatisk gjør habilitetsregler overflødig.

⁷⁴ Markedsføringsloven av 16. juni 1972 § 7 har forbud mot næringsmessig utnyttelse av bedriftshemmeligheter for ansatte.

Det kan anføres at habilitetsproblemer vil kunne unngås gjennom effektive tilsynsordninger. Alle sektorene vi har sett på har lovfestede tilsynsordninger med tildels generelle forsvarlighetskriterier som styrende prinsipp. Dette kan innebære at tilsynet har mulighet til å rette på rollekombinasjoner som virker uheldige utad etter samme hensyn som begrunner habilitetsreglene. På den annen side kan ikke tilsynsmyndighetene reagere mot adferd som ikke er forbudt. Tilsynet kan ikke selv bestemme seg for at habilitetsregler gjelder for friskoler og private barnehager. Det kan ikke pålegges en privat å følge habilitetsreglene uten hjemmel i lov. Tilsynene i seg selv er derfor ikke en sterk begrunnelse mot at habilitetsregler bør gjelde.

Hovedpoenget med å la tjenesteoppgaver utføre av private er å redusere offentlige utgifter og sørge for bedre tilbud. Dette skjer delvis fordi private enheter i utgangspunktet er mer fleksible for eksempel i forhold til regler om habilitet. Avtaleinngåelser og ansettelses kan skje raskere og smidigere enn i forvaltningen. Dette representerer mye av fordelen med selve privatiseringstanken. Å innføre forvaltningsrettens regler for disse private, vil kunne oppheve fordelene.

Habilitetsreglene skal ikke bare sikre individuell rettssikkerhet i den enkelte avgjørelsessituasjon, men har også et viktig demokratisk formål, nemlig å sikre tilliten til forvaltningens ressursbruk. Det er særlig dette generelle hensynet som kan tale for å gi habilitetsreglene anvendelse på private, i den grad disse kan sies å disponere offentlige midler. I motsatt fall vil den tiltagende privatiseringen kunne undergrave et sentralt lojalitetsprinsipp. Konklusjonen er at visse habilitetsregler bør gjelde for private som yter tjenester for forvaltningen. Disse må imidlertid gjelde sektorer der det offentlige bidrar med betydelige midler og for virksomheter av en viss betydning og

størrelse. Det er avgjørende at habilitetsreglene ikke går ut over konkurranseevnen, da det vil lede til at de ønskede økonomiske fordelene med privatiseringen kan forsvinne.

8.2 Offentlighet

Problemstillingen er hvilke hensyn som taler for og imot at private som yter tjenester på vegne av forvaltningen bør underlegges regler om offentlighet for saksdokumenter. For denne problemstillingen er det av stor betydning at det har pågått et lovendringsarbeid for offentlighetsloven siden 1999. Utvalget la frem sin utredning i 2003⁷⁵, og regjeringen fremmet lovforslag for Stortinget juni 2005.⁷⁶ Medlemmene i lovutvalget var enige om at enkelte private tjenesteytere bør omfattes av innsynsreglene, men delte seg ved den nærmere avgrensningen av gruppen.⁷⁷ Departementet vil ikke følge opp noen av forslagene.⁷⁸ Utvalget fremhever at de sentrale hensynene bak innsynsreglene, demokrati, kontroll, rettssikkerhet og informasjonstilgang, gjør seg like sterkt gjeldende selv om en oppgave overføres fra et offentlig organ til å utføres av et privat rettssubjekt.⁷⁹ Departementet understreker at mange slike virksomheter er små og vil belastes med en urimelig byrdefull ulempe dersom de underlegges innsynsreglene, og at mange dokumenter som gjelder den private aktøren være tilgjengelig for allmennheten hos forvaltningen. Mange av hensynene i denne sammenhengen er like de vi finner vedrørende habilitetsreglene.

Som for habilitetsreglene kan det anføres at offentlighetsreglene bør gjelde på grunn av at tjenestene utføres med betydelig offentlig finansiering. Som vi har sett overfor er dette et vanskelig kriterium. Offentlig finansiering er en hovedbegrunnelse for at

⁷⁵ NOU 2003: 30

⁷⁶ Ot.prp.nr. 102 (2004-2005)

⁷⁷ NOU 2003: 30 s. 70

⁷⁸ Ot.prp.nr. 102 (2004-2005) s. 36

⁷⁹ NOU 2003: 30 s. 42, s. 65

offentlighetslovsutvalget ønsker å la den nye loven få anvendelse på enkelte private tjenesteutøvere.⁸⁰

Konkurrans hensyn er et dominerende hensyn mot å pålegge private tjenesteytere regler om offentlighet. Det at noen aktører i et marked pålegges plikter etter offentlighetsloven kan innebære at man stiller dårligere enn sine konkurrenter. Offentlighetsloven kan for eksempel innebære at konkurransesensitive sider ved virksomheten kan bli offentliggjort. Dette kan riktignok unngås ved unntaksregler. Konkurrans hensynet vil slå ulikt ut etter hvilken konkurransesituasjon som foreligger. På den ene siden har vi spørsmålet om like konkurransevilkår for offentlige og private tjenestetilbydere.⁸¹ Dette er for eksempel et spørsmål der kommunen lar en tjeneste utlyses og der den kommunale etaten gir internbud i tillegg til eksterne private tilbydere. Ut fra denne situasjonen kan det argumenteres for at de private tilbyderne må være underlagt de samme reglene som den kommunale etaten. En annen dimensjon gjelder private tjenesteyteres forhold til andre private konkurrenter. Dette er for eksempel tilfelle for renovasjonsselskap som dels utfører oppdrag for kommunen og dels tilbyr containertjenester i konkurranse med andre private. Dersom en slik virksomhet underlegges offentlighetsregler for hele virksomheten, stiller den dårligere enn sine konkurrenter. Dette aspektet er gjenspeilet i miljøinformasjonsloven § 5 der innsynsretten overfor private tjenesteytere bare får anvendelse for den delen av virksomheten som knytter seg til de offentlige funksjonene eller tjenestene til allmennheten.

Hovedhensikten med å la private utføre oppgaver er at dette er mer kostnadseffektivt. Dette skyldes at private virksomheter presumptivt har en bedre utviklet økonomisk

⁸⁰ NOU 2003: 30 s. 70

⁸¹ Bjørnenak m.fl. 2005

rasjonalitet, de er presset gjennom konkurranse til stadig å forbedre seg, de er mer omstillingsdyktige og har lavere administrasjonsomkostninger. Å innføre offentligrettslige plikter vil øke administrasjonskostnadene, og svekke begrunnelsen for å la de private utføre oppgaven. Hertil kommer at mange private tjenesteutøvere er små virksomheter. For disse vil plikt til å følge offentlighetsloven representere særlig byrdefulle administrative utfordringer. Det er forskjell på at offentlighetsloven gjelder for Røde Kors Klinikken eller for en enkelt drivende legespesialist. På den annen side er akkurat legespesialister med driftsavtale en meget ressurssterk gruppe, og i forhold til offentlighetsloven er det meste av deres materiale underlagt taushetsplikt. I alle fall må en evt. anvendelse av offentlighetsreglene ta hensyn til ulike størrelsesforhold.

En god del informasjon om private aktørers virksomhet på det offentlige vegne vil være allminnelig tilgjengelig gjennom de alminnelige offentlighetsreglene ved det forvaltningsorganet som har tildelt oppgaven. Avtalen mellom forvaltningen og den private eller konsesjonsdokumentet vil i utgangspunktet være et offentlig dokument. Videre vil forholdet ofte innebære rapporteringsordninger som gjør at regnskap, årsmelding, rapporter etc. vil foreligge hos forvaltningsorganet som har tildelt oppdraget. Dette taler mot at offentlighetsloven trenger å gis anvendelse, fordi sentrale dokumenter vil være tilgjengelig hos myndighetene. Mot dette kan man innvende at slett ikke alt relevant materiale behøver foreligge hos forvaltningen. Rapporteringsplikt til kommunen kan nødvendigvis bare gi begrenset innsyn, og at direkte innsynsrett vil være økonomisk mindre byrdefullt enn plikt til å samle, organisere og sende omfattende dokumentasjon til forvaltningen.

På de sektorene vi har gjennomgått finnes det tilsynsordninger som skal sikre tjenestenes innhold og at den private virksomheten er forsvarlig. Tilsynet er enten sentralt, slik som Statens Helsetilsyn, eller lokalt, slik som kommunens tilsyn med private barnehager, jfr. bhl. § 10. Tilsynet vil innebære informasjonsinnsamling og kan resultere i reaksjoner. Disse dokumentene vil omfattes av forvaltningens plikt til offentlighet. Dette taler for at behovet for å la offentlighetsreglene gjelde for private tjenesteytere er mindre. På den annen side kan det statlige tilsynet være av tilfeldig og varierende omfang. Kontrollen kan begrense seg til stikkprøver og inngrep etter anmeldelser. En slik sekundær mekanisme vil bare delvis imøtekomme de hensyn offentlighetsreglene skal ivareta. Pressen vil kunne videreformidle funn

tilsynsmyndigheten har gjort, men ikke selv avdekke problematiske forhold. Generelt vil også tilsynsmyndighetenes kapasitet være begrenset, og offentlighetsreglene vil kunne representere et viktig supplement.⁸² Samtidig kan behovet for offentlig innsyn også være særlig stort på områder der det råder knapphet på tjenestetilbud og sterk avhengighet fra publikum. Dette kan være tilfelle innen barnehage- og omsorgssektoren. Da kan det tenkes en svekket tilbøyelighet til kritikk mot barnehagen fra brukersiden, noe som kan forsterke behovet for offentlig innsyn.

På samme måte som for habilitetsreglene ser vi at offentlighetsreglene særlig bæres oppe av generelle demokratihensyn. Det er ikke avgjørende for den enkelte tjenestemottager om institusjonen gir offentligheten innsyn, dersom man får den tjenesten man har krav på. Slike brukerhensyn har stått sterkest ved gjennomtenkningen og reguleringen av privatiserte tjenestesektorer. Konklusjonen er at behovet for å underlegge private tjenesteytere regler om offentlighet er betydelig. Behovet er større enn for habilitetsreglene, ettersom det for habilitetsreglene vil finnes mekanismer i den markedorienterte organisasjonsstrukturen og –logikken hos de private som vil lede i retning av forsvarlig ressursbruk. Markedet gir få incitamenter til innsyn for offentligheten. Det er behov for å gi offentlighetsreglene anvendelse på private tjenesteytere, men bare for den delen som er knyttet til oppdraget. Det må dessuten tas hensyn til behovet for beskyttelse av konkurransesensitivt materiale.

⁸² Dette illustreres f.eks. av saken om Risenga bo- og omsorgssenter i Asker kommune, Helsetilsynets årsmelding 2004 s. 25

9 Modeller

Jeg vil her drøfte fordeler og ulemper ved ulike modeller som kan gi forvaltningsrettslige regler anvendelse på private.

9.1 Formell avgrensning

Den formelle avgrensningsmodellen gir forvaltningsrettslige regler anvendelse på alle institusjoner som bærer visse formelle kjennetegn, uavhengig av aktiviteten som drives. Modellen brukes for å angi anvendelsesområdet for forvaltningsloven og offentlighetsloven. Etter gjeldende rett gjelder lovene for forvaltningsorganer, definert som ”organ for stat eller kommune”, jfr. fvl. § 1 og offl. § 1. Eksempelvis gjelder offentlighetsreglene for alle dokumenter i forvaltningen, og habilitetsreglene for alle forvaltningssaker. En rent formell modell skiller ikke mellom institusjonens ulike funksjoner. Skal man bruke en rent formell avgrensning for å gi forvaltningsrettslige regler anvendelse på private, kan man kombinere den formelle definisjonen med konkrete oppregninger i loven eller forskrifter. Loven kan i tillegg til forvaltningsorganer angi at reglene i sin helhet gjelder for friskoler og private barnehager etc. En oppstilling i loven eller forskrift skaper en oversiktlig og forutsigbar tilstand, men gjør at regelverket lett kan bli hengende etter utviklingen. Der det oppstår nye former for privat utføring av offentlige oppgaver, vil man evt. måtte endre reglene. Et annet alternativ er å innføre særskilte organisasjonsformer for private enheter som skal ta offentlige oppdrag. På den måten kan loven angi at virkeområdet også omfatter disse organisasjonene. En slik løsning vil innebære mulighet for god spesialtilpasning, men være hemmende for de private og muligens ødelegge for de besparingseffektene man søker å oppnå ved privatisering.

Ofte vil en privat tjenesteyter i tillegg til oppgavene for forvaltningen også drive annen virksomhet i markedet. Ved å gi hele regelkomplekset anvendelse på enheten som sådan, vil man komme til å hemme de delene av virksomheten som drives i konkurranse. Det er derfor et behov for å la reglene avgrenses etter om den private enheten utøver de offentlige tjenestefunksjonene eller ikke. Det vil si at loven gjøres gjeldende for private (formelt) som utfører bestemte oppgaver for forvaltningen (materielt). En slik kombinasjonsmodell er anvendt i miljøinformasjonsloven § 5. Dette taler for at en rent formell avgrensningsmodell er lite egnet til å gi forvaltningsrettslige regler anvendelse på private.

Et alternativ er å angi anvendelsesområdet på en skjønnsmessig måte. På den måten kan man kombinere formelle og materielle kriterier. Et stykke på vei er dette tilfelle med dagens anvendelse av offentlighetsloven, som kan gis anvendelse på selvstendige rettssubjekter etter en ulovfestet helhetsvurdering. Forskjellen fra vår problemstilling er at et grunnvilkår de lege lata er at enheten er offentlig eid eller kontrollert.⁸³ Momenter i vurderingen er virksomhetens art, graden av organisatorisk og økonomisk tilknytning til forvaltningen, om virksomheten har faktisk eller rettslig monopol og graden av politisk styring.⁸⁴ Problemet med en slik skjønnsmessig modell er at utvidelsen er basert på en konkret og variabel vurdering, og det er prinsipielt betenkelig at såpass inngripende og viktige regler gis anvendelse etter åpne skjønnsmessige vurderinger.⁸⁵ Når man for eksempel vurderer selskaper med blandet offentlig og privat virksomhet, vil man legge vekt på hvor stor del av virksomheten som er privat og konkurranseutsatt og hvor stor del som utgjør tjenestefunksjoner for forvaltningen. Dette er noe som kan forandre seg over tid og som kan bero på tilfeldige omorganiseringer. Løsningen er uheldig fordi anvendelsen av sentrale demokratiske og rettssikkerhetsmessige regler kan bero på tilfeldige og variable vurderinger.

I utkastet til ny felles lov for sosial- og kommunehelsetjenester er det av lovutvalget foreslått å lovfeste i § 2-2 nr. 2 at kommunen har ansvar for organisering og gjennomføring av sosial- og helsetjenester, og at den praktiske tjenesteytingen enten kan skje ved kommunens eget tjenesteapparat eller av privat tjenestetilbyder på grunnlag av avtale med kommunen.⁸⁶ Videre foreslås det i nr. 3 at lovens regler om

⁸³ NOU 2003: 30 s. 52

⁸⁴ Graver 2002 s. 310

⁸⁵ Smith, Stat og rett s. 748

⁸⁶ NOU 2004:18 s. 156

tjenestens innhold og tjenestemottakers rettigheter skal gjelde for de private tjenesteyterne. Forslaget innebærer en kombinasjon av formelle og materielle kriterier, ettersom reglene vil gjelde for private som har avtale om å utføre visse oppgaver. Utkastet gjøres ikke gjeldende på alle som utfører bestemte tjenester, for eksempel på ren frivillig basis, uten tilknytning til kommunalforvaltningen. Bestemmelsen i nr. 3 er ikke ment å gi inn i interne saker som økonomi og personalforvaltning.

Fordelen med en formell avgrensingsmodell er at den gir tydelige institusjonelle grenser, noe som er en fordel for borgernes forhold til forvaltningen. Dette forutsetter at angivelsen bygger på klare og anvendbare kriterier.

9.2 Ad hoc-adgrensning

Avtale- og særlovsmodellen sikrer at den enkelte sektor får spesialtilpassede regler som ivaretar hensynene til taushetsplikt, offentlighet og habilitet for de private tjenestetilbyderne i den enkelte sektor. Det kan være særskilte forhold vedrørende organiseringen av sektoren, de enhetene som opererer der og de oppgaver som utføres som gjør at reglene må gis spesiell utforming. Som vi har sett er særlovsmodellen i norsk rett ofte valgt for å gi forvaltningsrettslige regler anvendelse på private, særlig regler om taushetsplikt.

Det kan beskrives to typer særlovsreguleringer, sektoriell regulering og profesjonsregulering. Dette illustreres ved reglene om taushetsplikt i helsesektoren. På den ene siden finnes særregler om taushetsplikt for alt autorisert helsepersonell, jfr. hpl. § 21. Reglene gjelder hva enten man er ansatt i privat eller offentlig sektor. De ansatte i en privat helseinstitusjon som ikke er helsepersonell, vil ikke være underlagt disse taushetsreglene. Sektoriell regulering finner vi i bhl § 21 hvorefter alle ansatte i sektoren har taushetsplikt. Her kan det forekomme dobbeltregulering, slik som for helsepersonell ansatt i privat heldøgns omsorgsbolig, jfr. sotjl. § 8-8. Her er helsepersonellet samtidig underlagt taushetsplikt i kraft av hpl. § 21 og sotjl. § 8-8. I den grad reglene har ulikt innhold, vil en slik regulering kunne være uheldig. Ønsker man å gi offentlighetsloven anvendelse på private, er profesjonsnormer ikke aktuelle. Reglene knytter seg naturlig til en enhet, ikke til en person. Habilitetsreglene knytter seg til en person, men profesjonsnormer er antagelig lite egnet, ettersom det er mange forskjellige profesjoner som vil være representert innenfor private som yter tjenester for forvaltningen.

Sektormodellen innebærer at det på hvert område der private tjenestebidrag er aktuelt må fastsettes hvilke spesielle forvaltningsrettslige regler som skal gjelde for de private. Man vil da gå i retning av en fragmentert forvaltningsrett. De generelle reglene får mindre betydning, til fordel for sektorspesifikke reguleringer. Det er ikke sagt at dette innebærer en svekkelse av det materielle vernet for borgerne. Når man skal regulere særskilt for hver sektor vil muligheten for tilfeldige løsninger være større. En faktor i denne sammenheng er betydningen av bransjeorganisasjonene ved høringen. Organisasjonene er gjerne motvillige til å bli underlagt forvaltningsrettslige regler.⁸⁷ Styrken av slike organisasjoner og deres konkrete argumentasjon vil kunne variere fra bransje til bransje. Slike forhold vil kunne bidra til uhensiktsmessige forskjeller mellom privatiserte sektorer. Fordelen med modellen er at den gir mulighet for særtilpasninger for spesifikke sektorielle forhold og interesser.

Erik Boe har tatt til orde for muligheten av at forvaltningsrettslige regler får et særskilt innhold der forvaltningen kombinerer myndighetsutøvelse og avtalekompetanse.⁸⁸ Perspektivet bygger på at skillet mellom offentlig rett og privatrett ikke er skarpt, og utviskes ytterligere med tendensen til privatisering og nye former for blandinger av vedtak og avtaler. Tendensen til materiell og formell sammenblanding mellom offentlig rett og privatrett gjør at de respektive reglene påvirker hverandre og leder til innholdsmessig nye regler. I tråd med et slikt syn kan man si at enkelte forvaltningsrettslige regler vil kunne gjelde for private tjenesteytere, men reglene vil måtte ha et særskilt innhold i lys av at rettssubjektet er en privat enhet. Ad-hoc modellen gir mulighet for å gi de offentligrettslige reglene et innhold som passer bedre til de private tjenesteyternes behov og funksjoner. En lignende argumentasjon finner vi

⁸⁷ Ot.prp.nr. 102 (2004-2005) s. 33; uttalelse fra Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon, Kristne Friskolers Forbund og Norske Fag- og Friskolers Forbund

⁸⁸ Boe, Festskrift 2002

hos Smith, som etterspør en prinsipiell nytenkning i forhold til typer av selskaper og virksomheter.⁸⁹ Ulempen er at det vil styrke en tendens til oppsplitting av forvaltningsrettslige regler, der omfanget og innholdet kan variere etter rettsområde.

9.3 Materiell avgrensning

Den materielle avgrensningsmodellen vil gi forvaltningsrettslige regler anvendelse på alle institusjoner som utøver bestemte funksjoner; som driver materiell forvaltning. Modellen er brukt i fvl. § 1 siste punktum og offl. § 1. Reglene sier at private som er gitt kompetanse til å fatte enkeltvedtak eller utferdige forskrift er underlagt lovene ved utøvingen av denne virksomheten. Modellen er begrenset til å gjelde myndighetsutøvelse, men kunne prinsipielt også vært gjeldende for andre funksjoner. Utgangspunktet for modellen er at myndighetsutøvelse er en aktivitet som reiser behov for rettssikkerhetsgarantier for en berørt gruppe. Ved å knytte reglene til aktiviteten, blir reglene med ”på lasset”, selv om institusjonen endrer seg. Reglene sikrer brukerens rettssikkerhet uansett hvem som forestår disposisjonen. Skulle vi tenke oss en slik modell for taushetsplikt, ville reglene for eksempel vært gjeldende for ”rettssubjekter som yter helsetjenester”. Avgjørende er da om rettssubjektet faktisk yter helsetjenester. Dersom det er tilfelle, vil reglene gjelde uavhengig av om tjenesten utføres av et offentlig eller privat rettssubjekt, og uansett hvilket formelt grunnlag den private baserte sine helsetjenester på. Når en del av enheten skilles ut eller man lar tjenesten utføres av private, vil det nye rettssubjektet også omfattes i kraft av at det utfører den aktuelle funksjonen. Dette gir modellen bedre forutsetninger for å møte utfordringene ved forvaltningens stadige omorganiseringer. Dersom man rendyrker en materiell modell, vil man kunne risikere å strekke reglene for langt. Innen omsorgssektoren er det en rekke frivillige organisasjoner som yter tjenester uten noen tilknytning til det offentlige systemet. For denne gruppen er det ingen grunner til at forvaltningsrettslige regler skal

⁸⁹ Smith, Stat og rett

gjelde. At noen på tilfeldig grunnlag yter en tjeneste bestemt kan ikke være avgjørende. Det tyder på at den materielle modellen bør kombineres med formelle kriterier.

På et rettssosiologisk plan kan vi se på hvordan rettsreglene tjener til å bygge opp borgernes forståelse av samfunnet og derved den demokratiske deltagelse. Overgangen fra å regulere bestemte forvaltningsinstitusjoner til å regulere aktiviteter bryter med et tradisjonelt skarpt skille mellom det offentlige og det private. Hovedforskjellen ligger i at aktører i et marked er styrt av utviklingen i markedet, mens forvaltningsorganer er i utgangspunktet politisk styrt. Resultatet er at det kan skapes et inntrykk av at det ikke lenger er noe som særpreger forvaltningen i forhold til andre tjenesteprodusenter. En normativ jevnbyrdighet kan lede til uklarhet ved om forvaltningens adferd er resultat av markedsmekanismer eller politiske vedtak. Ser man på forvaltningen som en ren markedsaktør, svekkes motivasjonen til politisk deltagelse. Dersom en slik oppfatning blir rådende svekkes demokratiet og tilliten til forvaltningen. Det er ikke reglenes oppgave å gi inntrykk av en enhetlig institusjonell struktur når denne i realiteten er oppsplittet og kompleks. Kanskje det ikke er mulig å gi egne regler som bare skal gjelde for en institusjonelt avgrenset forvaltning, så lenge omorganiseringsprosesser er permanent tilstede i forvaltningspolitikken.⁹⁰ Knytter man reglene til visse aktiviteter kan det skape problemer i forhold til personale og hendelser som befinner seg i randsonen av aktivitetene. Regelen kan si at offentlighet, habilitet eller taushetsplikt gjelder for alle rettssubjekter som utfører visse tjenester og bare for den delen av virksomheten som gjelder tjenesten. Det må da trekkes en grense mellom ulike virksomhetsområder innen samme enhet. Da står man overfor nye problemer knyttet til organisatoriske forhold. Modellen stiller strenge krav til den private organisering. Dette kan igjen gjøre at driften blir mindre effektiv.

⁹⁰ Forvaltningsutsyn 2004 s. 9

Offentlighetslovutvalget mener at den nye loven bør avgrenses etter virksomhetens art, dvs. etter en materiell avgrensningsmodell.⁹¹ Dette innebærer at loven angir at utøvere av visse virksomheter er underlagt innsynsreglene, uavhengig av om enheten er offentlig eller privat.⁹² Utvalget deler seg i spørsmålet om hvilke virksomhetstyper som bør omfattes. Etter flertallets utkast gjelder offentlighetsreglene for alle rettssubjekter som utfører helse-, sosial- eller utdanningstjenester som det offentlige har et lovpålagt ansvar å sørge for. Her utelukkes for eksempel transport, renovasjon, kultur- og kunnskapsformidling, ettersom det ikke foreligger rettskrav for publikum. Disse gruppene vil imidlertid omfattes av mindretallets forslag, som omfatter alle private som har til oppgave å sørge for offentlige funksjoner eller tilby tjenester til allmennheten. Mindretallets forslag inneholder imidlertid også et formelt kriterium, nemlig at det må foreligge ”oppdrag eller tillatelse”.⁹³ Dette er såpass vidt formulert at vilkåret i liten grad representerer noen avgjørende forskjell mellom forslagene. Flertallets begrunnelse for å unnlate et formelt kriterium ligger i at tilknytningsformene er ulikeartede, og det er vanskelig å finne begreper som dekker over de ulike formene.⁹⁴ Forskjellen ligger i hvilke virksomhetsområder som omfattes. Begge forslagene innebærer at innsynsreglene kun gjelder de offentlige funksjonene, slik at hensynet til konkurransesituasjonen sikres.

Fordelen med den materielle avgrensningsmodellen er at hensynene til rettssikkerhet, tillit og kontroll ivaretas selv om tjenestetilbudet omorganiseres og overlates til private. En slik modell er bedre rustet til å møte en utvikling i retning av at offentlige tjenester utføres av private.

⁹¹ NOU 2003: 30 s. 66

⁹² NOU 2003: 30 s. 294

⁹³ NOU 2003: 30 s. 300

⁹⁴ NOU 2003: 30 s. 66 flg.

10 Konklusjon

I tiltagende grad utføres forvaltningens tjenesteoppgaver av private. Reglene om taushetsplikt, habilitet og offentlighet vil som utgangspunkt ikke gjelde for de private aktørene med mindre det gis særskilte lovgrunnlag for dette. Vi har undersøkt noen gjeldende reguleringer, noen av de aktuelle hensynene og ulike modeller for å gi forvaltningsrettslige regler anvendelse på private. Vi kan dele hensynene opp i brukerhensyn og demokratihensyn. Brukerhensyn taler for å sikre brukeren en likeverdig posisjon i forhold til tjenestens innhold og i forhold til individuelle, prosessuelle garantier. Disse hensynene ligger bak reglene om taushetsplikt. Demokratihensynene bærer reglene om offentlighet og habilitet, som sikrer kontroll og tillit. En generell konklusjon er at brukerhensyn er tillagt størst vekt ved reguleringen av privatiserte tjenestesektorer. Dette viser seg ved at reguleringen av taushetsplikt for private tjenesteytere er langt grundigere enn habilitet og offentlighet for de samme aktørene. Når de private tjenestesektorene er unndratt offentlighets- og habilitetsregler, er konsekvensen ikke brukerens tap av rettssikkerhet eller tjenestekvalitet, men samfunnets tap av innsyn i og tillit til velferdsstatens tjenesteprodusenter. Samtidig taler sterke hensyn mot at private underlegges habilitets- og offentlighetsregler. Dette ligger særlig i at virksomhetene gjerne er konkurransutsatt, og at enhetene ofte er små og uegnet til å følge slike regler. Ved vurderingen av hvilke modeller som er best egnet, vil dette spenningsforholdet mellom ulike hensyn avspeiles. Den formelle avgrensningsmodellen gir fordeler i forhold til institusjonell klarhet. Ulempen er at private ofte vil drive ulike virksomheter, og derfor ikke er egnet til å være underlagt disse reglene for hele virksomheten. Ad hoc-modellen gir gode muligheter for sektorspesifikk tilpasning etter virksomheter, aktørenes størrelse og organisasjon. Ulempen er at reguleringen kan bli fragmentert og varierende. Den materielle avgrensningsmodellen sikrer i særlig grad at omorganiseringer ikke resulterer i at nye former for tjenesteproduksjon betyr at reglene ikke får anvendelse. Dersom vi forutsetter at de to regelsettene bør gis anvendelse på private, bør den materielle modellen bør være et utgangspunkt. Dagens forvaltningspolitiske situasjon tilsier at man knytter forvaltningsrettslige regler i større grad til funksjoner, og i mindre grad til institusjoner. Habilitetsreglene og offentlighetsreglene bør gjøres gjeldende overfor private som utfører bestemte tjenestefunksjoner. I tråd med flertallet i offentlighetslovutvalget er det nærliggende å knytte an til tjenesteområder der borgerne har rettskrav på tjenesten. Videre bør det være et formelt element i avgrensningen som

tilsier at bare de som utfører oppgaver etter avtale med forvaltningen vil omfattes, dvs der forvaltningen har oppgaven og initiativet, men tildeler oppgaven videre. Dermed har man trukket en grense mot situasjonen der private initiativ tas inn i et totalt tilbud, slik som friskoler og barnehager, samt rene frivillige organisasjoner. Samtidig må reguleringen begrense anvendelsen av reglene til områder som er omfattet av avtaleforpliktelsen med forvaltningen. når det gjelder habilitetsreglene, kan disse trolig gjøres avhengig av størrelsesorden på innkjøp. En slik modell er foretrukket av flertallet i offentlighetslovutvalget og i miljøinformasjonsloven § 5. Til en viss grad er spørsmålet om å velge blant modeller i denne sammenhengen et spørsmål om å veie hensynet til tillit og kontroll mot hensyn til konkurranse, effektivitet og fritt brukervalg. Etter mitt syn bør de førstnevnte hensynene veie tyngst. Det er behov for regler som sikrer at tillitsmekanismer og offentlighet ikke går tapt når forvaltningen velger å la private utføre de oppgaver som fellesskapet gjennom Stortinget har lagt til offentlige tjenesteorganer.

11 Litteraturliste

- | | |
|----------------------|--|
| Bjørnenak mfl. 2005 | På like vilkår – en analyse av konkurransen mellom offentlige og private foretak, Skrifter fra konkurransetilsynet 1. Konkurransetilsynet. Oslo 2005 |
| Boe, Festskrift 2002 | Boe, Erik. Forholdet mellom privatrett og offentlig rett – nye tendenser. I: Festskrift til Carsten Smith. 2002, s. [113-137] |
| Bugge 2005 | Bugge, Hans Christian. Retten til å få, og plikten til å gi, miljøinformasjon etter den nye miljøinformasjonsloven. Lov og Rett 2005 s. 492 |
| Eckhoff/Smith | Eckhoff, Torstein. Forvaltningsrett. Torstein Eckhoff og Eivind Smith. 7. utg. 2. opplag. Oslo, 2003. |
| Graver 2002 | Graver, Hans Petter; Alminnelig forvaltningsrett 2. utg. Universitetsforlaget 2002 |
| Graver 2000 | Mellom individualisme og kollektivism, Lov og Rett 2000 s. 451 |
| Kjønstad og Syse | Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak. Velferdsrett I, Gyldendal 2001. |

| | |
|---------------------|--|
| Nielsen | Nielsen, Ruth. Udbud af offentlige kontrakter. 3. udg. Jurist og Økonomforbundets Forlag. København 2005 |
| Sand 1996 | Sand, Inger Johanne. Styring av kompleksitet: rettslige former for statlig rammestyring og desentralisert statsforvaltning. Fagbokforlaget. Bergen-Sandviken c1996 |
| Smith, Stat og rett | Smith, Eivind. Lovavdelingen som dommer? Offentlighetslovens anvendelse på energiselskaper. I: Stat og rett |
| Smith 1984 | Smith, Eivind. Rettssikkerhet ved offentlig tjenesteyting. Universitetsforlaget. Oslo 1984 |
| Syse 1997 | Syse, Aslak. Klage over tildelingsvedtak etter sosialtjenesteloven Jussens venner 1997 s. 57 |

Forarbeider

Forvaltningskomiteens innstilling 1958

NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester m.v.

NOU 2001: 2 Retten til miljøopplysninger. Allmennhetens rett til å få miljøopplysninger fra offentlige og private aktører og retten til å delta i offentlige beslutningsprosesser

NOU 2003: 30 Ny offentlighetslov

NOU 2003: 34 Mellom stat og marked

NOU 2004: 7 Statens forretningsmessige eierskap

NOU 2004: 18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene. Samordning og samhandling i kommunale sosial- og helsetjenester

NOU 2005: 3 Fra stykke til helt. En sammenhengende helsetjeneste

Ot.prp.nr. 29 (1990-1991) Om lov om sosiale tjenester m.v.

Ot.prp.nr.36 (1996-1997) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)

Ot.prp.nr.10 (1998-1999) Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m

Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)

Ot.prp.nr.13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)

Ot.prp.nr.66 (2000-2001) Om lov om helseforetak m.m.

Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) Om lov om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven)

Ot.prp.nr.62 (2000-2001)

Om lov om endringer i lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (endring og

utvidelse av tilsynet med tjenester i omsorgsboliger og andre hjemmebaserte tjenester og forlengelse av virketiden for kapittel 6A)

Ot.prp.nr. 33 (2002-2003) Om lov om frittstående skolar (friskolelova)

Ot.prp.nr. 80 (2002-2003) Endringslov til friskoleloven

Ot.prp.nr. 72 (2004-2005) Om lov om barnehager (barnehageloven)

Ot.prp.nr. 102 (2004-2005) Om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd

Uttalelser fra Sivilombudsmannen

SOMB 1997-8

SOMB 2004-22

SOMB 2003-116

Klagenemnda for offentlige anskafelser

KOFA 2003/149

KOFA 2004/126

Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-1998-2490

JDLOV-2004-1452

Offentlige publikasjoner

Forvaltningsutsyn 2004. Staten – fakta om størrelse, struktur og endring.

Moderniseringsdepartementet 2004

Styring og styringsformer i offentlig virksomhet. Bedre statlig styring.

Moderniseringsdepartementet 2005

En veileder ved utskilling av virksomhet fra staten. Fra stat til marked.

Moderniseringsdepartementet 2005

Konkurransetilsynets årsberetning 2004

12 Vedlegg 1

AVTALE OM LEVERANSE AV
SPESIALISTHELSETJENESTER
DAGKIRURGI
FOR 01.01.2004-31.12.2005
mellom
NN og HELSE ØST RHF

§ 1 Partene

Avtaleparter er NN heretter kalt NN eller sykehuset og Helse Øst RHF heretter kalt Helse Øst.

§ 2 Bakgrunn

Helse Øst vurderer de private tilbyderne av spesialisthelsetjenester som verdifulle bidragsytere til den offentlige helsetjenesten, både der det ikke er tilstrekkelig kapasitet i det offentlige, der de har behandlingstilbud som ikke finnes i det offentlige og som et korrektiv til offentlig virksomhet med hensyn til pris og kvalitet.

§ 3 Formål

Formålet med avtalen er å utvikle en samhandling preget av forutsigbarhet, effektivitet, god ressursutnyttelse og kvalitet på tjenestene til beste for pasienten.

§ 4 Varighet

Avtalen skal gjelde f.o.m 01.01.2004 t.o.m 31.12.2005.

§ 5 Ytelsens art

5.1

Sykehuset har etter denne avtalen rett og plikt til å operere pasienter på vegne av Helse Øst innenfor følgende hovedområder: Plastisk kirurgi, gynekologi, generell kirurgi, øre-nese-hals og ortopedi.

Denne avtalen gjelder pasientvalgt henvisning.

Nøyaktig beskrivelse av ytelsen framgår av vedlegg 1 til avtalen. Ytelsen kan justeres årlig mht volum og pris.

Sykehuset skal planlegge produksjonen, slik at pasienten har et tilbud gjennom hele året. Om nødvendig skal sykehuset sette opp ventelister.

5.2

Henvisning kan skje fra primærlege, legespesialist eller sykehus. Korreksjon av langsynthet/nærsynthet må henvises fra offentlig sykehus. Det samme gjelder plastisk kirurgi med unntak av brystreduksjoner og brystrekonstruksjoner etter kreft.

5.3

Avtalen gjelder operative inngrep som utføres dagkirurgisk.

Dersom en pasient er henvist til operasjon under denne avtalen, og det ved forundersøkelsen viser seg at det er nødvendig med innleggelse av pasienten for å utføre inngrepet, skal NN vurdere om inngrepet kan skje ved Sykehuset.

Dersom Sykehuset har avtale med Helse Øst om levering av inngrep som krever innleggelse på den aktuelle diagnosen, opereres pasienten ifølge denne avtalen.

Dersom Sykehuset ikke har slik avtale på den aktuelle prosedyren, kan pasienten opereres for en pris lik gjeldende DRG-refusjon. (2004: 40% av DRG) Dersom dette ikke er ønskelig, kontaktes pasientens lege for videre avklaring.

Dersom en pasient er henvist til operasjon under denne avtalen, og det ved forundersøkelsen viser seg at inngrepet ikke er aktuelt, faktureres Helse Øst for undersøkelsen etter avtalte priser som framgår av vedlegg 1 til denne avtalen.

5.4

Sykehuset skal sende rapport om resultatet av undersøkelsen til henvisende lege, samt anbefaling av evt videre behandling og oppfølging.

5.5

Når en pasient er henvist fra offentlig sykehus, skal det sendes melding til vedkommende sykehus når pasienten er behandlet. Dette gjelder også dersom pasienten ikke direkte er henvist fra offentlig sykehus, men som en er kjent med har stått på venteliste på offentlig sykehus for behandling.

5.6

Avtalen er begrenset til å gjelde den behandling som er spesifisert i vedlegg og som til enhver tid er godkjent av Helsedepartementet som refusjonsberettiget ISF-produksjon.

§ 6 Kvalitet

6.1

Pasienten skal ha et helhetlig tilbud med evt forundersøkelse, operasjon og evt kontroll. I spesielle tilfeller kan forundersøkelse eller kontroll skje ved annen klinikk eller ved offentlig sykehus. Hvis det oppstår akutte komplikasjoner eller situasjoner som krever et mer omfattende tilbud enn det Sykehuset kan gi, skal pasienten henvises til et av Helse Øst's egne sykehus.

6.2

Leveransene skal være i samsvar med krav stilt i de til enhver til gjeldende lover og forskrifter m.m. Undersøkelsene/prosedylene/operasjonene skal utføres av godkjent spesialist på det aktuelle fagområdet. Oversikt over Sykehusets medisinske ansvarlige lege og øvrige spesialister med angivelse av spesialitet følger som vedlegg 2 til avtalen. Endringer når det gjelder utførende spesialister skal varsles til Helse Øst

6.3

Sykehuset plikter å opprette kvalitetsutvalg i henhold til § 3 i Lov om statlig tilsyn med helsetjenesten.

6.4

Sykehuset skal ha et iverksatt og dokumentert internkontrollsystem som blant annet skal inneholde et oppdatert avviksbehandlingssystem. Internkontrollsystemet kan med fordel inngå i virksomhetens kvalitetssystem, som skal sikre ivaretagelse av alle typer krav som er satt til de avtalte undersøkelser/prosedyrer/operasjoner. Helse Øst har krav på innsyn i Sykehusets internkontrollsystem/kvalitetssystem.

6.5

Sykehuset skal avgi dokumentasjon over pasienttilfredshets- og kvalitetsdata etter nærmere spesifisering.

§ 7 Rapportering

7.1

Sykehuset skal sende rapport til NPR over pasienter som er behandlet på vegne av Helse Øst. Rapport til NPR skal følge ”Recordbeskrivelse NPR-record for innlagte pasienter og polikliniske konsultasjoner i somatiske sykehus.”

7.2

Det skal utarbeides standardiserte rapporter når det gjelder pasientskader.

7.3

Sykehuset skal for hvert tertial oversende Helse Øst RHF oversikt over antall type undersøkelser/prosedyrer/operasjoner utført på vegne av Helse Øst RHF oversikt over evt komplikasjoner – beskrivelse av forløp. Det skal også angis dersom det ikke har oppstått komplikasjoner

Vedlagt rapporten skal følge kopi av tilbakemeldingsskjema fra NPR.

Det utarbeides en standard mal for rapportering.

Helse Øst vil ut fra rapporten foreta kontroller vedr DRG-rapporteringen med hensyn til hvilke operasjonsnr/prosedyrer som er rapportert inn til NPR.

Helse Øst RHF gis fullmakt til når som helst å hente ut aktivitetstall fra NPR.

§ 8 Fakturering/betaling

8.1

Faktura skal ikke inneholde navn på pasienter, kun antall DRG + beløp. Vedlegg til faktura skal inneholde hjemkommune, etterrettelig pasientnr., pris, ICD 10-kode og operasjonsnr og DRG-gruppe.

8.2

Fakturering skjer etterskuddsvis hver mnd, med forfall 14 dager etter at Helse Øst har mottatt faktura.

8.3

Ved forsinket betaling svarer Helse Øst forsinkelsesrente i henhold til lov om renter ved forsinket betaling m.v av 17. desember 1976 nr 100.

§ 9 Informasjonsplikt

9.1

Sykehuset skal informere pasienten/henvisende instans om forventet ventetid for behandling og holde seg informert om ventetiden ved andre behandlingsinstitusjoner. Pasienten skal videre informeres om inngrepets art, mulige komplikasjoner og forventet resultat.

9.2

Sykehuset skal samarbeide med kommunehelsetjenesten, offentlige sykehus, nasjonalt nettsted for ventetider og Informasjonkontoret for fritt sykehusvalg, slik at disse oppdateres på forventet ventetid på de ulike prosedyrer.

9.3

Sykehuset skal før inntak alltid gi beskjed til pasienten dersom behandlingen ikke betales av Helse Øst. Dette bør i så stor grad som mulig skje ved skriftlig informasjon. Opplysningsplikten gjelder både hvor pasienten er henvist fra primærlege, avtalespesialist og fra sykehus.

Det er Sykehusets ansvar å opplyse pasienten om evt ekstra kostnader. Slike ekstra kostnader kan bare påløpe dersom pasienten ber om tjenester hvor Sykehuset ikke har avtale med Helse Øst.

§ 10 Pasientbetaling

10.1

Pasienten skal betale de samme egenandelene og evt. materiell-utgifter som det vedkommende ville ha betalt for tilsvarende undersøkelse/behandling ved et offentlig sykehus.

10.2

Sykehuset skal gi pasienten skriftlig bekreftelse på at han/hun har vært til behandling, og at denne er betalt av Helse Øst.

§ 11 Forsikring

11.1

Pasienter som behandles under avtalen med Helse Øst RHF, er sikret gjennom NPE (Norsk Pasientskadeerstatning). Ved skadetilfeller betaler Sykehuset egenandel etter samme satser som helseforetakene er pålagt.

11.2

Sykehuset skal sørge for at både egne ansatte og innleid arbeidskraft har de tilstrekkelige ansvarsforsikringer.

§ 12 Offentlighet

Avtalen er gjenstand for offentlighet, jf offentlighetslovens § 2. Avtalen vil bli lagt ut på hjemmesiden til Helse Øst.

§ 13 Lovpålagte oppgaver

Som leverandør av spesialisthelsetjenester er Sykehuset bl.a underlagt Pasientrettighetsloven, Lov om spesialisthelsetjenester, Helsepersonelloven og Lov om helsemessig og sosial beredskap.

§ 14 Forskning og etterutdanning

Sykehuset erkjenner sitt ansvar når det gjelder å bidra til etter- og videreutdanning av helsepersonell samt forskning, og er positive til at man i avtaleperioden kan drøfte muligheten av ordninger på dette området enten mot et enkelt helseforetak eller mot Helse Øst.

§ 15 Avtaler med Helseforetak under Helse Øst

15.1

Dersom Sykehuset inngår direkte avtaler med helseforetak under Helse Øst, kan helseforetakene påberope seg denne avtalens betingelser når det gjelder pris. Denne avtalen er ikke til hinder for at helseforetakene framforhandler bedre vilkår, både på pris og øvrige betingelser, eller på prosedyrer som Helse Øst ikke har avtale om. Slike avtaler skal ikke gjelde løpende henvisning av pasienter, men bare gjelde helseforetakets egne pasienter. Oppgjør skjer direkte mellom helseforetaket og Sykehuset.

15.2

Direkte avtaler mellom helseforetak under Helse Øst RHF og Sykehuset, skal ikke inngås dersom dette fører til fortrenghet av pasienter som henvises etter foreliggende rammeavtale.

§ 16 Fritt sykehusvalg

16.1

I følge endringer i pasientrettighetsloven, vedtatt i Stortinget i desember 2003, skal private sykehus inngå i fritt sykehusvalg der de har avtale med regionale helseforetak om dette.

Fra den dato endringene trer i kraft, vil denne avtalen derfor gjelde pasienter fra alle helseregionene i Norge.

16.2

All behandling som utføres under denne avtalen, faktureres Helse Øst RHF.

16.3

Dersom sykehuset har avtale med flere regionale helseforetak om samme prosedyre, skal laveste pris gjelde for alle regionene.

16.4

Pasienter fra hele landet behandles under avtalens totale volumbegrensning.

16.5

Pasienter fra alle regioner skal prioriteres likt, dog slik at sykehuset ved kapasitetsproblemer prioriterer rettighetspasienter fra avtaleregionen foran pasienter fra andre regioner.

Rettighetspasienter fra andre regioner går foran ikke-rettighetspasienter fra Helse Øst.

§ 17 Rett til nødvendig helsehjelp, pasientrettighetslovens § 2-1, jf 2-2

17.1

Sykehuset skal vurdere om pasienten har rett til nødvendig helsehjelp. Denne vurderingen skal være foretatt innen 30 dager etter at henvisningen er mottatt.

Pasienten skal ha skriftlig beskjed om hvorvidt han er tildelt rett til nødvendig helsehjelp eller ikke. Det skal samtidig informeres om hva rett til nødvendig helsehjelp innebærer, og om pasientens klagemuligheter.

Når en pasient er tildelt rett til nødvendig helsehjelp, skal det settes en konkret frist for når han senest skal være behandlet. Fristen skal settes i samsvar med prioriteringsforskriften.

Brudd på denne fristen medfører at pasienten kan henvende seg til Rikstrygdeverket for å få et alternativt tilbud om behandling. Fristbrudd under denne avtalen vil være Helse Øst sitt ansvar uansett hvor pasienten kommer fra, og kan medføre økte kostnader for Helse Øst. I så fall vil sykehuset bli belastet for denne kostnaden.

17.2

Dersom sykehuset oppdager at de er i ferd med å bryte en behandlingsfrist, skal sykehuset straks sette i gang undersøkelser for å finne et alternativt behandlingstilbud for pasienten. Dersom dette ikke lar seg gjøre, skal Helse Øst varsles senest 2 uker før den individuelle fristen går ut.

Dersom sykehuset pga kapasitetsproblemer ikke vil kunne behandle en pasient innen forsvarlig tid, skal pasienten opplyses om dette samt om retten til fritt sykehusvalg. Sykehuset skal være oppdatert på ventetider hos andre sykehus, og skal yte informasjonsservice overfor pasientene.

17.3

Pasienter som har vært utsatt for fristbrudd ved annet sykehus og som henvises til sykehuset under denne avtalen, skal prioriteres.

§ 18 Force Majeure

Dersom avtalens gjennomføring helt eller delvis hindres, eller i vesentlig grad vanskeliggjøres av forhold som ligger utenfor partenes kontroll og som de ikke burde ha forutsett ved avtalens inngåelse, suspenderes partenes plikter for så lang tid som forholdet varer. Slike forhold inkluderer forhold som etter norsk rett blir betraktet som force majeure. Som force majeure regnes også streik og lockout.

Bestemmelsen gjelder ikke dersom den rammede part uten urimelig kostnad og ulempe kan overvinne følgene av de uforutsette hindringene.

Den rammede part plikter å varsle den annen part straks dersom slike hindringer oppstår.

Dersom hindringen varer eller må antas å vare mer enn 30 dager, kan avtalen sies opp av den annen part etter varsel på 14 dager. Den rammede part kan ikke gå fra avtalen etter dette punktet.

§ 19 Oppfølging

Etter gjennomgang av tertialrapportene, kan partene møtes for å evaluere avtalen og praksis. Det skal i avtaleperioden avholdes minst ett slikt møte.

§ 20 Mislighold/Oppsigelse/Reforhandling

20.1

Dersom staten i avtaleperioden gjennomfører endringer som får vesentlig betydning for avtalen, kan avtalens bestemmelser reforhandles i tråd med intensjonen i avtalen.

Sykehuset er inneforstått med at føringer som gis fra sentrale myndigheter til de regionale helseforetakene mht produksjon og aktivitet, også vil bli gjort gjeldende i forholdet mellom Sykehuset og Helse Øst RHF.

Dersom en av partene mener at den annen part har misligholdt avtalen på et eller flere punkter, skal underretning gis uten ugrunnet opphold. Dersom det foreligger vesentlig mislighold, kan avtalen sies opp.

§ 21 Øvrige bestemmelser

21.1

Pasienter som er henvist til Sykehuset innenfor avtaleperioden, kan opereres under denne avtalen fram til 31.01.06. Dette gjelder selv om Sykehuset ikke skulle få ny avtale med Helse Øst etter avtalens utløp.

21.2

Dersom Sykehuset og Helse Øst RHF går sammen om et felles informasjonsopplegg vedr avtalen, skal Sykehuset bidra med sin forholdsmessige andel av kostnadene.

21.3

I tilfelle uenighet om avtalens innhold skal denne søkes løst ved forhandlinger. Dersom forhandlinger ikke fører fram, skal tvisten bringes inn for de ordinære domstoler.

I tilfelle søksmål vedtas verneting der Helse Øst har sin administrasjon.

Hamar/NN

NN

Helse Øst RHF

NN

Adm direktør

Tor Berge

Adm. direktør

O